GODOFREDI LUDOVICI MENCKEN ICTI ET...

Gottfried Ludwig Mencke, ...

Digitized by Google

B 22
1
81
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

SV

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI
DONATI DAL
Dottor ANNIBALE GIULIONI
GIURISTA
Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1º Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

B. 2 1. 91

Digitized by Google

Digitized by Google

GODOFREDI LVDOVICI MENCKEN
ICTI ET ANTECESSORIS
ACADEMIAE IVLIAE CAROLINAE
DVM VIVERET PRIMARII

INTRODVCTIO IN DOCTRINAM DE ACTIONIBVS FORENSIBVS

AD VSVS
PRAELECTIONVM ACADEMICARVM
EDITA
A
GEORGIO SAMVELE MADIHN
ICTO ET ANTECESSORE VIADRINO.

NOVAE HVIC EDITIONI NOTAS ADIECERVNT
D. CHRISTIAN GOTTLIEB HOMMEL
IVR. PROF. PVBL. ORDIN. IN ACAD.
VITEMBERGENSI,
ET
D. LVDOVICVS GODOFREDVS MADIHN.

CVM PRIVILEGIO ELECT. PRINC. SAXON.

HALAE SALICAE,
SVMTIBVS I. C. HENDELII
1780.

Digitized by Google

B 22, I. 41

Digitized by Google

CANDIDO LECTORI

S.

GEORGIVS SAMVEL MADIHN.

Tibi, *humaniſſime Lector*, iam exhibeo tuoque committendum duco aequo examini ſatisque culto, libellum, quem illuſtris Vir, dum viueret, GODOFREDVS LVDOVICVS MENCKENIVS *de actionibus*, rite & acute in foris Germaniae tractandis, compoſuerat, lectionum recitandarum cauſa, quas frequenti auditorum concurſu, vberrimoque eorum fructu, ſingulis fere ſemeſtribus habuerat ad

Digitized by Google

eas ipſas, quas libellus comprehendit, poſitiones, *primum* in Vniuerſitate Lipſienſi & *deinceps* in Iulia Carolina. Facinoris mei vero duplicem habeo cauſam, quarum vna ſi ad excuſationem minus ſufficere videretur, alteram tamen eamque coniunctam certe ſuffecturam eſſe arbitror. Quum enim ſaepius, imo iterum iterumque, a me petitae eſſent acroaſes de actionibus forenſibus, vberiori tam iuris doctrina, quam practica ſimul ad vnamquamque actionem ſcite prudenterque tractandam manuductione, euoluendis, libellum quidem diu multumque quaeſiui, quo duce in ipſis lectionibus vterer, & meis rationibus adcommodatum & auditorum vtilitatibus inſeruientem, quem tamen ex hoc librorum genere vix adprehendere & reperire mihi contigit. Quamuis enim eum in finem ad b. BOEHMERI, quam de actionibus dedit, commentationem ante aliquot annos haberem acroaſes, hunc librum, ſatis docte licet conſcriptum ſuaque idcirco laude neutiquam deſtituendum, minus tamen ad lectionum vſus aptum politumque eſſe ipſe expertus ſum, idque abunde certeque intellexiſſe mihi videor, tractationem anxie & operoſe conquiſitam conſutamque, & non paucis digreſſionibus notulisque repletam academicae doctrinae proponendae informandaeque iuuenum animis parum eſſe profuturam, adeo vt tam diu ab hoc praelectionum iuridicarum genere animum penitus abſtrahere decernerem, vsque

Digitized by Google

que dum aut alius libellus ad eam rem dextere agendam magis compoſitus prodiret, aut forſan, poſt alios labores profligatos, tantum mihi ipſi ſuperueniret otii, vt lectionum mearum vſui inſeruientem actionum ſynopſin delineare mihi liceret. Inter ea ante paucos & quidem eo ipſo tempore, quo CAROLVS FRIDERICVS PAELICKE V. C. *introductionem in doctrinam de actionibus forenſibus* Bützowii & Wismariae 1768. edidit, codex manuſcriptus Menckeniani libelli ad me deferebatur, adiecta ſimul plagii litterarii a conſultiſſimo Paelickio commiſſi accuſatione. Vtrumque opuſculum curate diligenterque contuli, hocque peracto, nullum plane mihi dubium remanſit, pleraque ex Menckeniana introductione Cl. Paelicke exſcripſiſſe atque, inuita ſaepius Minerua, in praetenſam ſuam introductionem transtuliſſe. Id certe miror, qui fieri potuerit, vt ex praeceptoris ſui, non ita pridem fato ſuo functi, delineatione, quae tot Menckenii auditorum manibus verſabatur, totum libelli ordinem, vniuerſam tractationis methodique rationem, omnes prope definitiones & diuiſiones Menckenii, non ſuis, verbis, totamque fere ſingulorum capitum ſeriem tam imprudenter in librum ſuum transſcripſerit, ipſius huius Menckeniani opuſculi nulla plane facta mentione, licet alia eiusdem Menckenii opuſcula paſſim in libro ſuo laudauerit. Quaedam profecto Cl. Paelickius ad-

fecit, fateor, quae a b. Menckenio non proficiſcuntur, maxime in parte generali. Ita vero haec comparata ſunt, vt ad actionum forenſium compendiariam tractationem nihil plane ſpectent, in libris potius Inſtitutionum Iuris Romani Digeſtorumque neceſſarie tantum vtiliterque diſcutienda, quaeque igitur Menckenius, fines ſibi propoſitos non temere transgreſſurus, recte iureque ſuo praetermiſerat. Verum plura de ea re praefari nihil attinet, dum monenda haec tantum viderentur ipſius libelli cauſa, quem publici iuris facio, ipſiusque celebratiſſimi auctoris, cui merito tribuendum vindicandumque erat, quod ſuum eſt, quique etiam, ſi ſplendorem gloriamque Menckeniani nominis, tot politioris doctrinae documentis abunde iam quaſiti, augere non poſſit, dignus tamen profecto ſemper erit, quin etiam poſt fata ſummi Viri ad recitandas lectiones adhibeatur.

Ex his intelliges, *Lector candide*, me non alio conſilio acceſſiſſe ad editionem Menckeniani libelli, quam vt ad eius filum lectiones de actionibus forenſibus haberem, eiusque auctori opuſculum ſuum poſtliminii quaſi iure vindicarem reſtitueremque. Huius vero ipſius indolem ad fines, quos auctor in eo elaborando ſibi propoſuit, ſatis eſſe adcommodatam ego quidem nullus dubito, multosque alios ex eius

Digitized by Google

eius lectione fructuque in eandem ſententiam arbitraturos eſſe non vanus augur auguror. Ordine vere naturali totam libelli compagem contexuit Menckenius, ſingula in ſua quaeuis capita tam acute partitus eſt, vt nihil fere eorum praetermiſerit, quae ad perſpicuitatem doctrinae, ad ambitum cuiuscunque actionis & ad fori vſum vel vmquam pertinere ei viſa ſunt. In primis vero, quae & in hoc librorum genere ſumma rerum eſt, omnes ingenii ſui tam egregie ſubacti neruos intendit, vimque acuminis ſingularem, qua inter multos ſane Germaniae Iurisconſultos eminuit & iudicandi facultatem facilitatemque, ex coniuncto rerum vſu continuo cum elegantiori iuris ſcientia, qua mirifice ſemper delectabatur, enatam, egregie exercuit in fundamentis cuiuscunque actionis perſpicue eruendis ac ſecernendis, in probationibus earum iudicialibus definiendis ſuſcipiendisque & denique in recitandis exceptionibus, quibus labefactandae ſint ſingulae actiones. In his omnibus, ſi recte mihi videor, Menckenius iis, qui ante eum ſcripſerunt, palmam luculenter extorſit. A breuitate vero poſitionum nec vllum periculum, nec iuſtae querelae locus. Non enim commentarium ad actiones forenſes conſummatum numerisque ſuis abſolutum, ſed compendioſae ſaltem tractationis libellum conſtruere voluit. Si qua ſane huic opuſculo ineſſe videatur imperfectio, eam ſane & quidem haud exi-

Digitized by Google

guam eſſe cenſeo iureque meo ſimul lugeo, illuſtrem auctorem morte multum praematura praeuentum fuiſſe, antequam hunc libellum ipſe ederet, qui tum certe multum locupletior fuiſſet prodituruſ. Mearum vero partium erat, Menckenii opuſculum, prout iacebat abſque vlla mutatione & additione, typographo dare, praeterquam quod adiiciendam eſſe putauerim diatribem eruditiſſimam ab eodem laudatiſſimo auctore profectam *de qualitate poſſeſſionis in proceſſu poſſeſſorio ſummariiſſimo*, cum ad illuſtrandam Menckenii doctrinam de actionibus poſſeſſoriis in ipſo libello inter ceteras curate &, quantum ſcio, magis diſtincte ac vulgo fieri moris eſt, propoſitam multum facere poſſit *). Ita vale, *humaniſſime Lector*, faue, fruereque Menckeniano hoc opuſculo. Scrib. Halae Saxonum ipſis idibus Martii MDCCLXIX.

LECTV-

*) Quae tamen diatribe nouae huic editioni non eſt adiecta, ne vltra modum hic accreſceret libellus; ſed opuſculis *Auctoris* noſtri MENCKENII, quae in officina libraria *Hendelii* proſtant, inſerta ibique Diſſertt. XXIII. eſt.

Digitized by Google



LECTVRO

S.

LVD. GODOFR. MADIHN.

Quem *B.* MENCKENII librum *de actionibus forenſibus* ante decennium & quod excurrit, nomini *Illuſtris Auctoris* iure quaſi poſtliminii vindicauit CARISSIMVS MIHIQVE AMICISSIMVS FRATER, eundem iam nunc notis locupleta-

Digitized by Google

tum reddo, ratus, non ſolum Auditoribus, quorum gratia potiſſimum adiectae ſunt, ſed etiam quandoque ipſis iuris praecepta in foris adplicantibus non plane inutiles fore. De poſtliminii reſtauratione nihil, ne adflicto adflictionem addamus, & quia iam ſatis de ea re in antecedente praefatione dictum eſt, adiiciam, quamuis in ipſa elaboratione & comparatione ſingularum propoſitionum multa inueni, quae per ſingula eundo *Cl.* PAELICKIO moleſta & minus grata eſſe poſſent. Quum autem *honeſtiſſimus Hendelius*, diſtractis omnibus exemplis, recudendum ſibi propoſuiſſet eundem, ſimulque compererim *Virum illuſtrem*, quemque honoris cauſa nomino, CHR. GOTTL. HOMMELIVM, ICtum & Anteceſſorem Wittebergenſem, adnotationes quasdam maxime ex Iure Saxonico depromptas, vt ICtis etiam Saxonicis eo vtilior eſſet, additurum eſſe, e re quoque putaui ego, dum iam de noua prolixiorique tractatione de actionibus forenſibus edenda conſilium cepiſſem, meas quoque qualescunque ſubiicere, quas plerasque FRATRI, quum ex eius adhuc ore penderem, acceptas fero, quasque in Praelectionibus iam aliquoties in Menckenianam doctrinam habitis Auditoribus communicaui. Moleſto autem moleſtius non ſolum eſt, tot obſeruationes, quibus Auctor explica-

Digitized by Google

plicatur, in rectiorem viam abducitur, aut magis extenditur (non vt MENCKENIO me prudentiorem intelligentioremque putem, – abſit a nobis in aeternum omnis vanae & nimis ſapientiae adfectatio! – ſed vt ea indicarem ſubnecteremque, quae ab Auctore feſtinanti fortaſſe nimisque occupato, aut quia ſupremam manum nondum impoſuerat operi, neglecta ſunt, quaeque aetas, altior ſtudiorum cura ipſaque ſcripta nouiora meliora dederunt) Auditoribus ſemper dictare, vt taceam multum temporis inde perdi, ſed tota res nec ita commode procedit, ſi in ſcriptis exſtent, quam ſi typis expreſſae ſunt, nec explicationes ſingularum legum earumque conciliationes, in quibus recte ſolidior iuris ſcientiae cognitio ponitur, absque verbis ante oculos poſitis, cum fructu inſtituuntur. Eamque igitur ob cauſam ſaepiſſime ipſa verba legum exhibui, vt tam ea Auditoribus explicari poſſint, quam etiam certiores reddantur id ipſum quoque legibus citatis ineſſe, ad cuius probationem proferuntur, quod apud alios ſaepiſſime fallit.

Ceterum neque ſilentio praeterire debeo ſingularem fauorem *Viri Ill.* IAC. PHIL. HEISLERI, qui curam huius editionis partim ipſe ſuſcipere, par-

Digitized by Google

partim *V. C.* I. C. BATHIO *Iurium Candidato digniſſimo* demandare non recuſauit, lubenterque occaſionem hanc arripio, qua VIRO ILL. pro ſuis mihi ſemper beneuole praeſtitis candidas maximasque agere poſſum gratias. Scrib. Francof. ad Viadr. die 1 April. MDCCLXXX.



PRAE-

Digitized by Google

PRAECOGNOSCENDA LITTERARIA.

A prima aetate renaſcentis iuris ciuilis ſtudii vsque ad noſtra tempora doctrina de actionibus in foro inſtituendis adeo neceſſaria viſa eſt, vt non ſolum multis peculiaribus ſcriptis propoſita, ſed etiam in plerisque Academiis ſingularibus lectionibus ſtudioſae iuris iuuentuti tradita ſit. Et eo minus vtrumque negotium ſuperuacuum videri poteſt, quo magis iure meritoque in eadem praecipua iurisprudentiae ſtudii vtilitas ponenda, eaque iuris ſtudioſis inprimis ſcitu neceſſaria habenda eſt, & quo magis ea non ſufficere poſſunt, quae in compendiis aut commentariis ſicuti & lectionibus Inſtitutionum & Pandectarum breuiter tantum, & non raro feſtinante pede traduntur. Sunt quidem, qui eiusmodi lectiones, ſuae quippe docendi rationi non conuenientes, improbent, ſed id etiam aduertiſſe

Digitized by Google

tiſſe mihi videor, maximum inde ſenſiſſe damnum illisque fructibus, quos praeſtat ſolida huius rei cognitio, caruiſſe eos, qui eorum conſilium ſequi ſolent. Quilibet iudex, quisque cauſarum patronus ſcire debet, an & quodnam remedium ad ius ſuum in iudicio perſequendi adſit, quibus fulciatur fundamentis, quos habeat fines, quae in ſingulis ad probationem actoris & rei pertineant, quibus labefactari poſſit exceptionibus, & quae ſunt reliqua. Haec omnia capita in ceteris praelectionibus negligi ſolent a), neque tempus ad latiorem eorundem expoſitionem adeſſe videtur, vix ad ſolidiorem dogmatum theoriam in ſubſidium vocatis omnibus ad ſolidorem explicationem neceſſariis ſufficiens. Fieri itaque vix poteſt, vt quis completam de actionibus forenſibus cognitionem quam maxime omnibus neceſſariam inde ſibi comparare poſſit, & ſi fieri poſſet, certe non tam faciliori ratione, quam ſi ex inſtituto, vt aiunt, nullis admixtis peregrinis propoſitionibus, plenaria actionum explicatio vna ſerie proponitur. Ex ingenti autem numero eorum, qui de actionibus ſcripſerunt, quam ad 148 produxit HENR. WAGNER. V. C. *in ſerie Auctorum*, libro, qui inſcribitur *Meditationum quibus vniuerſa actionum materia exponitur, atque Boehmeri doctrina de actionibus illuſtratur, corrigitur, ſuppletur.* Frf. ad Moen. b) 1774. 8. praemiſſa, cuique addendi ſunt, quos habet *ſupplementum* Ill. SCHOTTII; praecipui mihi videntur

REINH. BACHOVII tract. *de actionibus*. Frf. 1623. 1657. 4. add. GOTTFR. FIBIG. *collegium actionum Bachouianarum VIII. diſſ. exhibitum.* Ien. 1631.

AVG.

a) Vid. de hac re late differentem IO. LVD. SCHMIDIVM in *praef. libr. infra cit.*

b) V. C. IO. GE. MEVSEL in fortgeſetzt. gel. Deutſchl. p. 1268. adiicit quidem Pars I — III. ad nos tamen non niſi Partes I & II peruenerunt.

Digitized by Google

AVG. BALTHASAR *Iuriſprudentiae in tabb. redactae Pars II. exhibens III. Iuris obiectum ſcil. actiones & exceptiones*, Gryph. 1740. 4.

IO. FRID. BOECKELMANN Exercitt. *de actionibus, in quibus ſpeciatim de dominio, ſeruitute, hereditate, poſſeſſione, pignore, obligatione naturali & ciuili, nec non de contractibus nominatis, qui re perficiuntur, puta de mutuo, commodato, depoſito & pignore agitur.* Lugd. Bat. 1687. Traj. ad Rhen. 1695. 4. (non 8. nec de omnibus egit, vt titulus deſcriptus indicat.)

IVST. HENN. BOEHMERI Doctr. *de actionibus.* Hal. 1710. 1718. 1725. 1730. 1744. 1765. 8. ad hanc doctrinam prodiit IO. LVD. SCHMIDII *Syſtematica deſcriptio doctrinae de actionibus.* Ien. 1768. 4. & IO. TOB. CARRACHII *Adnotationes ad B. Boehmeri Doctr. de act.* Halae 1775. 8.

IO. BORCHOLT. *de obligationibus & actionibus* Helmſt. 1599. 8.

IAC. CVIACII *de actionibus & appellationibus* rec. Frf. 1600.

HVGO DONELLVS *ad tit. I. de actionibus.* Antw. 1581. 1584. 1596. Lugd. 1630. 8.

GE. ENGELBRECHT. *de actionibus.* Helmſt. 1701. 4.

QVIR. SCHACHER. *Coll. pract. iuxta titt. Pand. iuris ciuilis continua ſerie connexos conceptum vſitatiſſimis actionum & exceptionum formulis inſtructum*, *cura* CHR. HARTM. SCHACHERI Lipſ. 1678. & acceſſionibus ANDR. MYLII ibid. 1694. 4. & ex rec. GOTTFR. BARTHII ibid. 1725. 4.

SAM.

Digitized by Google

8. SAM. STRYCKII tract. *de actionibus forenſibus inueſtigandis & cauto eligendis, vt & de actionum praeſcriptione, nec non de iuribus & actionibus non ceſſibilibus.* Lipſ. & Frf. 1688. Hal. 1696. Vit. 1701. & 1708. 4. & cum notis ſaxonicis CHR. GOTTL. HOMMEL. Vit. 1769. 4.

10. LVD. SCHMIDT. Praktiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Jen. 1774. qui liber ceteris praeferendus propterea, quod completiorem & omnium fere actionum doctrinam ſiſtat.

Tabellariſcher Entwurf von gerichtlichen Klagen, woher ſolche nach der vorgeſetzten Haupteintheilung entſpringen, wem eine jede insbeſondere zukomt, wider wen ſie geht und worauf ſie zu richten. 1770. F.

Quum autem nullum adhuc ſcriptum exſtet, quo omnium omnino actionum ſiue ex iure romano, ſiue canonico, ſiue germanico & feudali oriantur, theoria explicata ſit, apud animum conſtitui, eiusmodi librum quam primum fieri poſſit publici iuris facere.

CON-

Digitized by Google



COMMENTATIO GENERALIS
DE
ACTIONIBVS.

§. 1.

Doctrina de actionibus forenſibus iudici & aduocato ſcitu maxime neceſſaria, reipublicae vtilis & academiis digna. Spectat ad iurisprudentiam priuatam pragmaticam, & cum modo procedendi, ſeu proceſſu, maximam habet cognationem. Illius notitia antecedit, huius ſequitur 1). *Vtilitas doctrinae de action.*

§. 2.

In hac vero de actionibus commentatione generali nouem capita conſiderantur: *Ordo tractat.*

1) de-

1) Quamuis GAIVS in *L. 1. ff. de ſtatu homin.* & IVSTINIANVS in *§. 12. I. de iur. nat. gent. & ciu.* ACTIONES referat ad tertium iuris obiectum, hoc tamen non ſatis apte factum, cum magis ſint iuris perſonarum & rerum effectus. HOMMEL.

Digitized by Google

1) *definitio,*
2) *diuiſiones,*
3) *de actore et reo,*
4) *finis actionum,*
5) *forum competens,*
6) *modus proponendi actiones,*
7) *cumulatio actionum,*
8) *mutatio & emendatio libelli,*
9) *generalia de exceptionibus.*

§. 3.

1) Actionis def. Actio eſt *remedium iuris in iudicio perſequendi, quod ſibi debetur* 2), *pr. I. de actionibus. L. 51. ff. eod.* 3).

§. 4.

2) de act. div. 4 II. Varias diuiſiones actionum vid. in LÜD. MENCKENI *Tract. ſynopt. Inſtit. Iuſt.* in Tit. *de actionibus.* Diuiduntur autem

1. *a cauſa efficiente,*
2. *ab obiecti qualitate,*
3. *ab obiecti quantitate,*
4. *a forma accidentali,*

5. *a*

2) Inſufficiens eſt haec actionis definitio ad eam diſtinguendam ab exceptione. Vtraque inuoluit remedium ius ſuum perſequendi in iudicio. Sed iſtud remedium vel per modum adgreſſionis fit, qua iudicis auctoritate alterum ad praeſtationem eius, quod nobis vi iuris noſtri debetur, cogere conamur, vel nón, ſeu ius noſtrum defendere conamur aduerſus adgreſſionem alterius iudicialem. Priori in caſu *actio* dicendum eſt illud remedium, poſteriori vero *exceptio.* MADIHN.

3) Dicatur de vocis ACTIONIS origine, variis iuris ſignificatibus & ſynonymis. HOM.

Digitized by Google

5. *a fine*,
6. *ab effectu* 4).

§. 5.

A cauſa efficiente 5) ſunt
1. *reales*, quae ex iure in re, §. *1 ſeqq. I. de act.*
2. *perſonales*, quae ex iure ad rem, §. *8. I. eod.*

4) Diuiduntur quoque
7. *a ſubiecto* & quidem a ſubiecto
1) *actiuo* in *priuatas*, quae tantum priuato ad ius ſibi competens tuendum dantur, & *populares*, quae cuilibet ex populo ad cauſam omnium communem conſeruandam indulgentur, *L. 1 ſq. ff. de popular. act.* Hae extra vſum ſunt.
2) A ſubiecto *paſſiuo* diſpeſcuntur
a. in *directas* & *adiecticiae qualitatis*, *L. 5. §. 1. ff. de exercit. act.*
b. in *directas* & *noxales* v. c. de pauperie, *L. 12 ſeq. ff. de noxal. act.*
c. in *directas* & *contrarias*. Illae contra eum, qui ab initio & principaliter, hae contra eum, qui ex poſt facto & minus principaliter eſt obligatus, inſtituuntur, *L. 18. §. 4. ff. commodat.*
3) A ſubiecto *actiuo* & *paſſiuo* ſimul ſunt vel *ſimplices* vel *duplices*. In his vterque litigantium poteſt eſſe actor & reus, *L. 37. §. 1. ff. de act.*
8. *a temporis lapſu*, & ſunt vel *perpetuae*, quae per 30 annos durant vel *temporariae*, quae citius exſpirant, *pr. I. de perpet. & temporal. act.*
9. *a morte litigantium*, vbi ſunt vel *ad heredes tranſitoriae*, vel *non*. De quibus infra plura. HOM.

5) Siue a fontium ex quibus oriuntur diuerſitate. Fontes autem hi ſunt *iura*, ex quibus oriuntur actiones, quae iura vel pro complexu plurium legum eiusdem generis, vel pro facultate morali ſumuntur. Si prius, ſunt fontes *remotiores*, ad quos pertinet diuiſio nr. 6. h. §. adducta, ſin poſterius, fontes *proximiores*, quorum intuitu ceterae diuiſiones formandae ſunt. MAD.

Digitized by Google

3. *mixtae*, quae ex vtroque iure deſcendunt, §. *20. I. eod.* 6)
4. *in rem ſcriptae*, quae licet perſonales ſint, contra tertium tamen poſſeſſorem ex ſpeciali legis diſpoſitione dantur, *L. 9. §. 8. ff. quod metus cauſ.*
5. *praeiudicales*, quae ex iure perſonarum oriuntur, §. *13. I. de act.*
6. α) *ciuiles*, ex iure ciuili ſtricte ſic dicto,
β) *praetoriae*, ex praetorum (quorum nomine etiam hoc loco *aediles* comprehenduntur) edictis dimanantes, §. *3. I. eod.* & *L. 7. ff. de iuſtit.* & *iur.* 7)

Haec diuiſio etiam priorum actionum ſpeciebus accommodanda eſt.

§. 6.

6) Ex accidenti omnes actiones reales mixtae eſſe poſſunt, ſi nimirum cum praeſtatione reali coniunctae ſunt praeſtationes perſonales. Sic quatenus res ipſa vindicatur eſt actio realis, quatenus autem v. c. fructus percipiendi petuntur a m. f. p. eſt mixta, quum haec obligatio ex facto illicito, adeoque ex iure perſonali oriatur. In ſenſu tamen proprio eae dicuntur, quas auctor ſecundum §. *20. I. cit.* ſeparatim tractauit. MAD.

7) Hae praetoriae actiones etiam dicuntur *actiones in factum in genere*, quae vel ad ſpecialia negotia a praetoribus ſunt accommodatae, ſpeciali ſimul formula actionis praeſcripta, vel non, ſiue ad genus quoddam negotiorum ſunt directae. Priori in caſu ſunt actiones praetoriae *nominatae*, poſteriori vero *innominatae*, quae vel ad genus contractuum innominatorum, vel ad alia negotiorum genera, in quibus nulla actio iam prodita erat, & ad quae actiones conſtitutae neque directe neque vtiliter adplicari poterant, pertinebant. De prioribus dicendum eſt infra. Poſteriores autem *actiones in factum in ſpecie* nominari merentur, §. *vlt. I. de L. Aquil. L. 11. ff. de praeſcr. verb.* CHR. FR. GE. MEISTER Diſſ. *de in factum actionibus.* Goett. 1748. MAD.

Digitized by Google

§. 6.

Ab obiecti qualitate ſunt

1. *rei perſecutoriae*, quibus id, quod nobis debetur, ſine intentione reum coercendi perſequimur, *§. 16 ſeq. I. de act.*
2. *poenales*, quae ad reum puniendum, poenamque actori adplicandam tendunt 8).
3. *mixtae*, quae partim rem, partim poenam perſequuntur, *§. 19. I. eod.* 9)

§. 7.

Ab obiecti quantitate actiones aut *in ſimplum* aut *amplius* ſc. *ad duplum*, *triplum*, *quadruplum*, ſiue

8) §. 18. *I. de act.* vbi Imperator: *Ex maleficiis vero proditae actiones, aliae tantum poenae perſequendae cauſa comparatae ſunt, aliae tam poenae quam rei perſequendae, & ob id mixtae ſunt. Poenam tantum perſequitur quis actione furti, — quadrupli, — dupli, de ſola poena agitur.* — Quamuis ſecundum reipublicae noſtrae conditionem omnino etiam actiones tam poenales quam mixtae adplicari poſſent, ceſſant tamen hodie in foris germanicis, v. IO. HENR. BERGERI Diſſ. *de vſu actionum poenalium*, (Vit. 1705. Lipſ. 1706. Vit. 1740.) §. 8. CHR. THOMASII Diſſ. *de vſu actionum poenalium iuris romani in foris Germaniae.* Hal. 1693. MARC. *a* LYCLAMA *Benedictorum Lib. IV. aduerſus male dicta & erorres cum pragmaticorum, tum aliorum variorum circa actiones ex delicto mere poenales, mixtas* &c. Lugd. Bat. 1617. 8. MAD.

9) Quo Imperator refert §. *19. cit.* actionem vi bonorum raptorum, actionem ex Lege Aquilia, actionem contra eos, qui relicta S. S. E. vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommiſſi nomine dare diſtulerint, vsque adeo vt etiam in iudicium vocarentur. In caſu periurii ab aliquo commiſſi, aut alteri absque probatione imputati, duplum obiecti litis praeſtandum introduxit *Cod. Frid. Part. III. Tit. XXX.* §. *16. 17.* Non autem cum actionibus poenalibus commiſcendae ſunt actiones fiſcales. MAD.

ab initio, ſiue ex poſt facto competentes, conſiderantur, §. *21 ſeq. I. de act.* 10)

§. 8.

A forma accidentali 11) actiones diuiduntur

1. a.

10) Ab obiecti ſubſtantia vero diuiduntur actiones
1. in *vniuerſales*, vbi vniuerſitatem iuris perſequimur v. c. hereditatis petitio, *generales*, in quibus certum genus bonorum petitur v. c. actio pro ſocio, tutelae, & *ſingulares*, in quibus quantitas, aut ſpecies certa exigitur, v. c. rei vindicatio, condictio certi ex mutuo.
2. in *petitorias*, in quibus de iure, & *poſſeſſorias*, in quibus de poſſeſſione agitur. HOM.

11) Siue potius a forma, quae in earum cognitione atque deciſione obſeruari debet. Quae forma vel iure romano, vel ſecundum proceſſus in Germania valentis indolem ſpectatur. Ad priorem ſpectat diuiſio in actiones bonae fidei & ſtricti iuris, & in actiones arbitrarias & ſtricti iuris. Ad poſteriorem diuiſio in ordinarias atque ſummarias.

Actiones autem *ſtricti iuris* erant, quae ex negotiis formularia ſollemnitate initis oriebantur, in quibusque adeo iudex in deciſione non niſi ad verba adhibita reſpicere debebat, & ita ſola actio ex ſtipulatu hoc nomen meretur, ceterae omnes, quum negotia ſint b. f. ſunt quoque actiones b. f. quidquid de mutuo, de indebito &c. tamquam de negotiis ſtricti iuris in medium proferant DD. quos refellit I. H. BOEHMERVS *doctr. de act. Sect. I. cap. 3. §. 29 ſeqq.* quamuis & hic immerito actionem ex teſtamento §. 35. ad eaſdem retulerit, fruſtra *L. 5. ff. de eo q. c. l. L. 6. ff. de in lit. iur.* allegans. Quum vero omnis ſtipulatio ſ. verborum obligatio iam iure romano recentiori ſublata ſit, facile intelligimus, in foris Germaniae hanc diuiſionem nullius eſſe momenti, licet negotia ſuperſint ſtrictae interpretationis. *Arbitraria actio* aut ſynonymice pro actione bonae fidei ſumitur, aut ab ea diſtinguitur, ſi nempe iudici a praetore dato in deciſione formula a praetore praeſcripta non erat. Si vero iudex formulam

1. a. *in bonae fidei*, in quibus iudex actori praeter conuentionis normam, quod vel ex natura negotii, vel legum diſpoſitione dimanat, adiudicare poteſt.
   b. *ſtricti iuris*, in quibus iudex in condemnando conuentionis normam excedere nequit, *§. 28. I. de act.*
   c. *arbitrarias*, in quibus iudex ea, quae neque conuentione, neque natura negotii, neque legis diſpoſitione determinata ſunt, definit ex circumſtantiis, & contumaces ſententiae iudicis non parentes in maiorem ſummam condemnat, v. g. quoad intereſſe in actione *de eo, quod certo loco dari oportet*, §. *31. I. de act.*
2. a. *in ordinarias*, quae ordinario proceſſu, 12)
   b. *in ſummarias*, quae ſummario proceſſu peraguntur 13).

mulam ſequi debebat, actio etiam ſtricti iuris in ſecundo ſignificatu dicebatur, §. 30 31. *I. de act.* Caeterum *actiones extraordinariae* dicebantur, in quibus praetor, aut poſtea quilibet magiſtratus, qui iurisdictioni praeerat, ipſe de ſimplici & plano cognoſcebat v. g. cauſis interdictorum, alimentorum &c. *ordinariae* autem, in quibus poſt L. C. iudex ad cognitionem in factum inſtituendam conſtituebatur. Quae diſtinctio etiam hodie ceſſat. MAD.

12) Actiones vel ſecundum formam proceſſus in regula ſeruandi pertractantur, vel ſubſtantialibus cauſae cognitionis tantum ſeruatis, cetera quoad formam ex arbitrio iudicis pendent. Pr. in caſu dicuntur *ordinariae*, & modus procedendi *proceſſus ordinarius.* Poſt. vero *ſummariae* atque *proceſſus ſummarius.* Aliter autem notio proceſſus ſummarii ſecundum *Cod. Fr. Part. III. Tit. I. & Tit. V.* formanda & diſtinguendum eſt inter proceſſum, qui ſecundum regulam obtinet, & qui paucioribus ambagibus conſtat, de qua re in praelectionibus. MAD.

13) In Sax. El. paucae ſunt actiones & cauſae ſummariae. Referendae tamen hic ſunt cauſae minutae, & quae

§. 9.

A fine conſiderantur actiones, quibus intenditur vel *quantitas*, vel *res certa*, vel *incerta*, v. g. intereſſe, condictio incerti, *§. 32. I. de act.* 14)

§. 10.

Ab effectu aliae ſunt actiones, quibus *ſolidum*, aliae, quibus *minus quam ſolidum* perſequimur, v. g. actio de peculio, de in rem verſo, *§. 36. I. de act.*

§. 11.

Perſonae iudicium conſtituentes iudicantes & litigantes ſunt

1. vel ***principales***, vt actor, reus & iudex, 15)
2. vel ***minus principales***, vt nuncii, aduocati, procuratores 16).

§. 12.

quae his annumerantur, vid. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. I.* §. *6.* nec non eius APPEND. MANDAT. SAX. von Abſtellung Proc. Weitl. in geringf. Rechts-Sachen, de an. 1753. Sächſ. Geſinde-Ord. de an. 1769. MANDAT. SAX. wegen des Verfahrens in Cammerſachen de an. 1770. HOM.

14) Conſideratio actionum h. & ſeq. §. vera quidem eſt, ſed tam in theoria, quam in praxi nullum praeſtat vſum. De ceteris actionum diuiſionibus in *directas* & *vtiles*, in *directas* & *contrarias*, in *petitorias* & *poſſeſſorias*, in *datiuas* & *natiuas*, (vt quidam loquuntur), in *perpetuas* & *temporales*, in *famoſas* & *non famoſas*, in *reſcindentes* & *reſciſſorias*, dicemus in praelectionibus. MAD.

15) Ita quidem communiter, & in abſtracto omnino recte, ſed ſi ad fora & iudicia Germaniae, inprimis Boruſſico-Magdeburgica reſpicias, plures perſonae pro diuerſitate iudiciorum principales atque neceſſariae ſunt. MAD.

16) Vt & aſſeſſores, actuarii, ad acta iurati, actores, ſyndici, defenſores. HOM.

§. 12.

Actor eſt, *qui in iudicio aliquid ab altero petit*, vocatur **Klåger** & pro varietate proceſſuum aliquando, **Impetrant, Implorant, Supplicant, Liquidant, Denunciant.** In Accuſatorio proceſſu, **Anklåger** 17). 3) de actore & reo. §.12-17.

Not. Actor eſt, qui actionem in iudicio inſtituit & aliquid ab altero petit.

§. 13.

Actores eſſe poſſunt, *qui legitimam perſonam ſtandi in iudicio habent.* Quales ſunt, qui neque natura impediuntur, neque lege prohibentur.

17) Impetrant, dicitur 1) in proceſſu mandati ſine clauſula, Claproth vom ſummar. Proceß. S. 29. 2) in mandatis c. clauſ. *Id.* S. 165. 3) in cauſis reſtitutionum in integrum. Implorant 1) in omni ſummario proceſſu indeterminato Claproth S. 18. 2) in proceſſu executiuo. *Id.* S. 175. 3) etiam in cauſis reſtitutionum, *de* CANNGIESSER *Coll. Dec.* Tom. I. p. 389. & ſaepius 4) in poſſeſſorio ſummario & ordinario Clapr. S. 55. & 219. 5) in noui operis nunciatione. *Id.* S. 293. 6) ſi nulla actio iure rom. prodita eſt, ſed ex iure germanico, feudali, canonico oritur v. c. in actione ſpolii. *Id.* S. 126. FRID. ALEX. KÜNHOLD. Diſſ. *de remedio implorationis officii iudicis actionum forenſium vicario.* Lipſ. 1720. Liquidant, in proceſſu concurſus (Profitent). Knorre Anleit. z. g. Pr. 3 B. 7 Hauptſt. §. 3. n. a. & in liquidationis proceſſu *Cod. Fr. P. IV. Tit. IX.* Provocant, in act. ex L. diffamari. Clapr. S. 309. *Cod. Fr. P. III. Tit. VII.* etiam Diffamant. Denunciant proprie in actione ciuili non obuenit, excepta actione iniuriarum, quae per modum denunciationis inſtituitur. *Cod. Fr. P. IV. Tit. IV. §. 6 ſeq.* Arreſtant in proceſſu arreſti. Knorre 3 B. 6 Hauptſt. §. 10. n. a. *Cod. Fr. P. III. Tit. XLI. §. 19.* Huc etiam pertinent denominationes, Intervenient, Reconvenient, Wiederklåger, Litis-Denunciant, & in progreſſu proceſſus, Appellant, Revident, Querulant, Supplicant. MAD.

§. 14.

Si corpus myſticum, vt vniuerſitas, agit, ſatis eſt exprimere, die Gemeinde zu N. N. Aliud, ſi plures *litis conſortes*, qui vniuerſitatis iura non habent, agant, tunc etiam ſingulorum nomina exprimenda ſunt 18).

§. 15.

Exiſtente concurſu, nomine creditorum hodie, vt plurimum, agit curator bonorum 19).

§. 16.

Reus eſt, *a quo in iudicio actor aliquid petit*, vocatur Beklagter, vel alio nomine, pro diuerſitate proceſſus & ſtilo fori 20).

§. 17.

Quicunque actor eſſe poteſt, ille quoque rei partibus fungitur 21).

§. 18.

18) In libello actionis; ſed in ſeq. exhibitis tantum denominantur Titius & Conſorten. Si plures coheredes aduerſus aliquem agunt, vel poſt diuiſam hereditatem actio inſtituitur, vel ante diuiſionem hereditatis. Priori in caſu ſingulorum coheredum nomina propria ſunt exprimenda, poſteriori vero nomen collectiuum ſufficit. In mandato tamen omnia heredum nomina requiruntur, ſi res in ſolidum petitur. MAD.

19) Poſt motum concurſum vel aduerſus debitorem communem agunt creditores, vel contra tertium i. e. contra debitores debitoris communis. Priori in caſu minime agit curator litis, ſed quilibet creditor ſuam actionem inſtituit aduerſus contradictorem, poſteriori vero vera eſt propoſitio auctoris. MAD.

20) Iocoſe quoque pars fugiens, cum reorum plerumque eſt fugere. HOM.

21) Rei partes tamen in proceſſu ſunt fauorabiliores: etenim expenſas litis initio non fert, actor ſequitur forum rei, in dubio pro reo pronunciandum, actore non probante, reus abſoluitur. HOM.

§. 18.

Finis actionum eſt vel 4) finis action.

a. *principalis*, qui ex eſſentialibus ipſius negotii defluit, vel

b. *minus principalis*, qui ex naturalibus aut accidentalibus dimanat.

§. 19.

Actiones in iudicio inſtituuntur, & hoc iudicium vocatur *forum* 22). 5) de foro compet. act. §.19-64.

§. 20.

Agendum eſt in foro competente, quod dicitur *iudicium, coram quo quis iure agere, & ad reſpondendum adigi poteſt.*

§. 21.

Quando plura fora competunt, actori regulariter competit electio 23). Conſultius autem eſt illud forum, in quo requiſitorialibus non opus eſt, eligere, niſi vel ſuſpicio iudicis, vel aliae circumſtantiae aliud ſuadeant,

§. 22.

Fori competentia aeſtimatur,

a. *ex iurisdictione* ratione cauſae competentis,

b. *ex foro rei.* Actor enim forum rei ſequitur, *L. 2. C. de iurisd. omn. iud.*

§. 23.

22) Quod eſt locus, vbi iurisdictio exercetur. MAD.

23) Vsque dum reo conceſſum eſt priuilegium electionis fori, quod in eo conſiſtit, vt reus inter plura fora competentia, in quibus ab actore conueniri poteſt, vnum alterumue eligere poſſit, in quo in praeſenti caſu ab altero conueniri vult. MAD.

§. 23.

Forum rei eſt
vel *commune* 24),
vel *priuilegiatum*.

Commune,
vel *ex propria perſona*,
vel *ex aliena*.

Ex perſona propria,
vel *generale*,
vel *ſpeciale*.

§. 24.

Generale forum eſt, in quo omnes actiones, contra quasuis perſonas inſtitui poſſunt, niſi vel cauſae, vel perſonae ſpeciale priuilegium competat. Hoc reus ſortitur in *foro domicilii* 25).

§. 25.

24) Hoc ſeſe fundat in reg. iuris commun. adeoque pro diuerſitate ipſorum iurium differre poteſt. Datur enim forum commune iuris eccl. iur. rom. iur. feud. iur. particularis. Plerumque autem forum commune dicitur illud, quod ſeſe fundat in reg. iuris rom. atque adeo forum eccl. feudale, crim. &c. in hac relatione ſunt fora priuilegiata. MAD.

25) Pertinet huc etiam forum *vagabundi*. Generale forum quoque dicitur forum *concurſus*, ad quod exiſtente concurſu omnes actiones contra debitorem obaeratum competentes pertinent, *de* CANNGIESER *Tom. I. Dec. 5. n. 1.* quod & cauſas priuilegiatas ad ſe trahit *Id. l. c. Dec. 131. n. 6.* LEYSER *Sp. 479. Med. n.* ſed tantum quoad tempus durat, & finito concurſu etiam deſinit, nec bona extra territorium neceſſario comprehendit, CANNG. *T. I. Dec. 5.* indeque magis ad forum connexitatis cauſarum pertinere videtur, *Cod. Frid. Part. IV. Tit. IX. §. 8.* Inſtituitur in foro domicilii, etiam ad omnia bona in aliis prouinciis ſita, extenditur Anhang *ad P. IV. Tit.*

§. 25.

Forum domicilii eſt

vel *commune*, quod Romae olim fuit, *L. 33. ff. ad municipal.* 26) hodie vero nihil vſus praeſtat,

vel *proprium*, quod

vel *naturale*,
vel *accidentale* ſcil. *habitationis*.

§. 26.

Forum domicilii proprium naturale, ſiue *originis* competit in eo loco, vbi pater ciuis eſt, *L. 1. §. 1. & 2. ff. ad municipal.* 27) Quod licet iure ciuili neceſſarium fuerit, *L. pen. & vlt. C. de municipal.* hodie tamen mutari poteſt, mutatio autem ab allegante probanda eſt.

§. 27.

Tit. IX. §. 15. quo diſpoſitio ipſius *Cod. Fr.* ſublata eſt. MAD.

26) Potius iure romano diſtinguendum forum originis generale, quod Romae erat *L. 33. cit.* a foro domicilii in ſp. atque foro originis ſpeciali, quod poſterius quandoque improprie domicilium nominatur *L. 11. ff. de ſenator.* vbi PAVLVS: *Senatores licet in vrbe domicilium habere videantur, tamen & ibi vnde oriundi ſunt habere domicilium intelliguntur, quia dignitas domicilii adiectionem potius dediſſe, quam permutaſſe videtur.* FRID. GVIL. PESTEL. Diſſ. *de foro domicilii originis ad l. pen. ff. de ſenat.* Rint. 1752. De foro originis generali & ſpeciali h. l. nihil dicendum erat, quum vtraque in Germania ceſſant. MAD.

27) Liberi illegitimi ſequuntur forum maternum, *L. 24. ff. de ſtat. hom.* HOM.

§. 27.

Forum domicilii accidentale, ſiue ***habitationis*** eſt, vbi quis animo permanendi habitat 28). Duo itaque ſunt requiſita 29),

1. actualis habitatio,
2. animus ibi permanendi.

§. 28.

Primum requiſitum facile probatur. Ratione ſecundi autem diiudicatio deſumitur

1. *ex expreſſa declaratione*, ſi in loco habitans ius ciuitatis ibi impetrauerit,
2. *ex perſonae qualitate*, v. c. ex officio publico perpetuo, quo fungitur,
3. *ex aliis coniecturis*, v. c. ſi ibi artem exerceat, nuptias vt paterfamilias celebrat, fortunas ſuas in locum contulerit & ſimilibus.

§. 29.

In hoc foro omnes actiones, ſiue reales 30), perſonales, mixtae, in rem ſcriptae, praeiudiciales, ciuiles, poenales &c. inſtitui poſſunt 31).

§. 30.

28) Forum domicilii quis conſequitur in eo loco, vbi domicilium ſuum conſtitutum eſt, quod vel libera alicuius declaratione, vel legis ex neceſſitate obtinet. Ad poſterius membrum pertinet n. 2. §. ſeq. ſi propter officium publicum ad aliquem locum adſtrictus eſt, vt absque dimiſſione eundem relinquere nequeat. Priori vero in caſu vel expreſſa n. 1. vel tacita declaratione conſtituitur n. 3. AVG. *a* LEYSER Diſſ. *de foro domicilii.* Helmſt. 1718. vid. EIVS *Med. ad Pand. Spec.* 72. MAD.

29) Quae coniunctim, non ſeparatim ſunt accipienda. WERNHER. *P. VII. Obſ.* 148. HOM.

30) De realibus dubitant quidem nonnulli, aſt fruſtra vid. PVFFENDORF *T. I. obſ.* 113. MAD.

31) Niſi adſit priuilegium perſonae, vel cauſae. Dignitas tamen, ei, qui in territorio ordinum imperii degit,

§. 30.

Forum ſpeciale vocatur, in quo quaedam actiones tantum inſtitui poſſunt 32). Eſt

1. *contractus,*
2. *rei ſitae,*
3. *delicti,*
4. *connexitatis cauſarum* 33).

§. 31.

Forum contractus eſt

vel 1) in loco ad adimplendum determinato,

vel

degit, ab imperatore conceſſa, forum domicilii non mutat. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. IV. Tit. 4. th. 1. n. 5.* Poteſt quis e. g. mercator plura fora habere habitationis, *L. 6. §. 2. L. 27. §. 2. ff. ad municipal.* Vagabundus, vbi inuenitur, & in foro originis conveniendus eſt. HOM.

32) Nec attenditur forum perſonarum priuilegiatum. HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ. 65.* HOM.

33) Potius *continentiae cauſarum*, quod vel ex identitate, vel connexitate cauſarum oritur, de quo §. 40. Quibus addendum

5. forum *geſtae adminiſtrationis, L. 54. §. 1. ff. de procur.* vbi: *tutores, qui in aliquo loco adminiſtrauerunt, eodem loco & defendi debent, L. 1. C. vbi de ratioc. — qui aliena negotia ſiue ex tutela, ſiue exquocunque alio titulo adminiſtrauit —* vid. LEYSER. *Spec. 73. Med. 9.* qui hoc ad forum contractus retulit. IO. PH. SLEVOGT *de foro geſtae adminiſtrationis.* Ien. 1690. 1743. MAD.

   In Saxonia vide DECIS. ELECT. *36.* & ORD. PROC. REC. *Tit. VII. §. 4.* HOM.
6. Forum *prorogatae iurisdictionis*, tam voluntariae, quam neceſſariae. *Cod. Fr. Part. III. Tit. II. §. 24.*
7. Forum *originis ſpeciale.*
8. Addunt forum *arreſti.* MAD.

   Eſt vero forum arreſti iuris communis, quando perſona, vel eius bona eo fine detinentur, vt firmetur iurisdictio, & creditori fiat ſatis. Quibus caſibus in Saxon. obtineat, late exponit ORD. PROC. VET. *Tit. LI. §. 1.* Qui locus in RECOG. ORD. PROC. *cit. tit. §. 1.* non eſt abrogatus. WINCKLER. ad Bergeri *Oec. Iur. Lib. IV. Tit. XXX. th. 2.* HOM.

Digitized by Google

vel 2) ſi is non definitus, in loco, in quo contractus vtriusque conſenſu perfectus redditus eſt 34).

De aduenis vid. *L. 19. ſſ. 2. ff. de iudic.* 35)

§. 32.

In foro contractus actiones, ex contractu deſcendentes & ad adimplendum contractum tendentes, tantum recte inſtituuntur, *c. 1. ſſ. contrahentes de foro comp. in 6to.*

§. 33.

Actiones ad reſcindendum contractum in hoc foro inſtitui nequeunt, niſi ex cauſa ad reſciſſionem, in ipſo contractu vel pacto adiecto determinata, agatur, v. c. ex pacto addictionis in diem, vel commiſſorio 36).

§. 34.

34) Tria hic requiruntur,
a. ne contraxerimus cum aduena,
b. vt agamus ad adimplendum contractum,
c. vt citatio contrahenti in loco contractus, vi non adhibita, ſit inſinuata. BOEHM.

35) Scilicet, vt forum contractus fundatum ſit, requiritur, vt contractus non initus ſit cum aduena, qui ſtatim profecturus eſt, ſ. cum viatore, ſed neceſſe eſt, vt ibi tabernulam pergulam, horreum, armarium, officinam conduxerit, ibique diſtraxerit, breuiter, contractus ineundi cauſa ad locum contractus venerit. MAD.

36) Occaſ. *L. 2. C. vbi & apud quem* lis inter ICtos atque dubitatio orta eſt, num ad reſcindendum contractum agi poſſit in foro contractus, quoniam ibi Imperatores Aquilinam transactionem reſcindere volentem ablegant ad domicilii praeſidem ipſorum reorum. Deinde ea ita deciditur a pleriſque, vt diſtinguatur inter reſciſſionem ex pactis adiectis, & ex aliis fontibus contingentem. Pr. in caſu in foro contractus ad reſcindendum agi poſſe adfirmant, poſteriori vero negant, ſed IAC. HENR.

§. 34.

Abſentes 37) in hoc foro non conueniuntur, *L. 19. §. 2. ff. de iudic.* Non obſtat *L. 34. ff. eod.* 38) Vſu hodierno ſatis eſt, ſi prima citatio praeſenti fuerit inſinuata 39).

§. 35.

Forum rei ſitae eſt, vbi res, de qua agitur, ſ. mobilis, ſ. immobilis, deprehenditur.

§. 36.

In hoc foro actiones reales, mixtae & in rem ſcriptae 40), inſtitui poſſunt 41). *L. f. C. vbi in rem act.* 42)

HENR. FLEISCHMANN. in Diſſ. *de foro contractus in actionibus contractus reſcindentibus competente.* Gieſſ. 1751. omnes actiones reſcindentes admitti vult, nec negandum ex *L. 19.* §. 2. & *L. 20. de iud. ff. L. 14.* §. 4. *C. d. n. n. p.* non leue praeſidium illi accedere *L. 2. C. cit.* autem de eo caſu explicat, quo Impp. ad primam inſtantiam remiſerint Aquilinam. MAD.

37) In *L. cit.* illud quidem non habetur, quippe quae ſolum loquitur de viatore aut aduena contrahente, vid. not. ad §. 31. ſed probatur per *cap. 1. de for. comp. in 6to.* Diſſentiunt HENR. *de* COCCEII *Iur. contr. Tit. de iud. qu. 13.* & PVFFEND. *Tom. II. obſeru. 149.* qui de praxi ſumm. trib. teſtatur. Secundum *Cod. Fr. P. III. Tit. II.* §. 8. & *Tit. IX.* §. 10. & 12. etiam conveniri poſſunt in actione perſonali, qui in aliis locis domicilium, ſed in noſtris terris bona immobilia aut communem manum habent. MAD.

38) Ea enim ſolum agit de foro heredis. MAD.

39) Abſque violenta detentione, vid. WERNHER *P. VIII. Obſ. 305.* Subſequentes citationes iudex domicilii requiſitus reo inſinuare debet, emanens poenis contumaciae coercetur, *c. 1. §. contrahentes de foro compet. in 6to.* HOM.

40) Prouocatoriae ex *L. diffamari* & ex *L. ſi contendat.* H.

41) Nullumque fori priuilegium in hoc foro obtinet. *Cod. Fr. P. III. Tit. II.* §. 4. MAD.

42) Add. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. V.* §. 6. Excluduntur actiones mere-perſonales. HOM.

§. 37.

Forum *delicti*, quoad ciuiles actiones, eſt *locus delicti conſummati*, ſin vero criminaliter agatur, etiam *inchoati delicti* aut *deprehenſionis* forum competens habetur, *L. 1. C. vbi de criminibus.*

§. 38.

Actiones, ex hoc delicto dimanantes, in hoc foro recte inſtituuntur, per *alleg. leg.*

§. 39.

Cum his foris ſpecialibus, electiue concurrit forum domicilii, tamquam generale 43).

§. 40.

Forum *connexitatis cauſarum* 44) vocatur, quando plures controuerſiae cohaerentes coram eodem iudice, ad litium multiplicationem euitandam, peraguntur. vid. *Tit. ff. de quibus rebus ad eund. iud.*

§. 41.

43) In Saxonia vero ob iniuriam illatam in loco delicti commiſſi nec ciuiliter, nec criminaliter agi poteſt, ſed in foro domicilii, niſi reus 1) in foro delicti commiſſi deprehenditur 2) in hoc foro iam ſummarie reſpondit 3) ibi poſſeſſionatus 4) perſonam publicam, intuitu officii, iniuria laceſſivit. DECIS. EL. SAX. 89. ibidemque PHILIPPI. HOM.

44) Potius *continentiae cauſarum*, quae vel aeſtimatur ex eo, quod ab eodem actore contra plures reos actio inſtitui poſſit eadem, & ex eodem fundamento obligationis oriunda, vel aeſtimatur ex ea cauſarum qualitate, vt vnius deciſio atque cognitio ab alterius cognitione atque deciſione pendeat. Pr. in c. dicitur *continentia cauſarum ex identitate*, quo pertinet & §. 41. IO. PHIL. CARRACH *de foro cont. cauſ. ex ident.* Halae 1750. Poſteriori vero *continentia cauſarum ex connexitate.* ID. *de for. cont. cauſ. ex connexitate.* ibid. 1751. IO. AVG. BACH. Diſſ. *de cauſis coniunctis earumque foro competente.* Lipſ. 1755. IO. CHR. ER. STRINGER *de cauſae continentia germanica.* Monaſt. 1770. MAD.

Digitized by Google

§. 41.

Contingit hoc 45),

1. ſi vna actione res ſub diuerſis iurisdictionibus, eiusdem tamen territorii, ſitae petantur 46), quo in caſu, *coram iudice*, harum iurisdictionum *proxime ſuperiore*, agi poteſt.

§. 42.

2. Si plures litis conſortes, diuerſae inrisdictionis 47), coram iudice proxime ſuperiore eadem actione conueniantur, *L. 1. ff. alleg. tit.* & *L. 5. C. arbitr. tut.* Modo non captioſe iungantur 48). Hinc *exceptio malitioſae* & *captioſae coniunctionis* 49).

§. 43.

3. Sic etiam poſſeſſorium & petitorium coram eodem iudice pertractandum eſt, *L. 10. C. de iudic.* 50)

45) Vel ex generalitate actionis obiectiua, vel ſubiectiua, vel ex cognatione iuris & facti, vel ex praeiudicio, BERGER. *in Oec. Iur. Lib. IV. Tit. IV. th.* 2. HOM.

46) Exempl. eſt in actione hypothecaria, qua creditor propter hypothecam generalem res oppignoratas ſub diuerſis iurisdictionibus ſitas, coram proximo ſuperiori iudice vindicare poteſt. MAD.

47) Eiusdem tamen territorii. HOM.

48) Id eſt, ſi non ex vno eodemque fundamento, ſed reuera ex diuerſis fundamentis plures rei coniunguntur. MAD.

49) Cum non ſunt litis conſortes, aut ſubditi diuerſi territorii, quorum princeps ius habet de non appellando & non euocandis ſubditis. HOM.

50) Hoc ex diſpoſitione iuris can. inualuit, quum iure ciuili inter has cauſas nulla adeſſet connexitas, ſed idem magiſtratus, vti in aliis omnibus, in vtraque cognoſcebat, differebantque ſolum ratione modi procedendi;

Digitized by Google

§. 44.

4. Conuentio & reconuentio coram eodem foro peragitur. Iure ciuili quidem arbitrio reconuenientis relictum erat, *Auth. ſed conſequenter C. de ſentent. & interloc. Nou.96. c.2.* Iur. Can. neceſſitatis eſt, *c.2. de ordine cognit.* 51)

§. 45.

5. Praeiudicialis & principalis actio pariter ad idem forum ſpectat 52).

§. 46.

Nec non 6. praeparatoria & principalis actio 53).

§. 47.

Forum commune ex perſona aliena ſortiuntur
1. *heredes,*
2. *vxores* 54).

§. 48.

Heredes ex facto defuncti in foro defuncti recte conveniuntur 55), *L. 19. & 34. ff. de iudic.* Cum tamen

tamen

cedendi; quae coniunctio poſſeſſorii atque petitorii etiam exinde fundatur, quod petitorium abſorbeat poſſeſſorium. MAD.

51) Quoque in Saxonia, vide ORD. PROC. VET. *Tit. VI.* §.3. & REC. *Tit. VI.* §.2. HOM.

52) Quum hodie communiter vtraque actio cumulari ſolet. MAD.

53) In Saxonia vide ORD. PROC. REC. *Tit. V.* §. 6. HOM.

54) 3. Etiam *domeſtici* atque *famuli*, qui in regula ſequuntur domini forum, *de* CANNGIESS. *Tom. I. Dec. 167. n.* 2. non tamen forum propter perſonae dignitatem priuilegiatum. ID. *Dec. 157.* quod tamen multi adfirmant. HERT. Diſſ. *de tranſitione priuilegii perſonalis ad alios,* §. 21. *a* WERNHER. *Tom. I. P. IV. obſ.* 12. Et
4. *liberi.* MAD.

55) Nec eorum forum priuilegiatum attenditur. HOM.

Digitized by Google

tamen hoc ſit forum, quaſi contractus, aditionis hereditatis, ſecundum vſum hodiernum minimum prima citatio praeſenti inſinuanda eſt, *L. 19. ff. de iudic.* 56)

§. 49.

Vxor marito viuo, item mortuo, antequam ad ſecunda vota transeat, in foro mariti recte conuenitur, *L. 65. ff. de iud. L. 22. §. 1. ff. ad municipal.*

§. 50.

Forum priuilegiatum conſideratur vel ratione

1. *cauſae*, vel
2. *perſonae.*

§. 51.

Cauſae priuilegiatae ſunt

1. *eccleſiaſticae*,
2. *feudales* 57),
3. *foreſtales*,
4. *metallicae*,
5. *mercatoriae*,
6. *fiſcales.*

56) In Sax. El. ſi heredes conueniuntur, diſtinguendum, aut lis cum defuncto iam fuit conteſtata, aut non. Priori caſu citatio, ſi non praeſenti heredi inſinuari poteſt, quoque ſubſidialis adhibetur. Poſteriori heredes viuunt vel in communione bonorum hereditariorum adhuc, vel non. In illa ſpecie coheredi, qui praedium commune poſſidet, inſinuatio citationis fieri poteſt ſecundum formam ORD. PROC. REC. *Tit. IV.* §. 2. praeſcriptam, ſi abſens, requiſitione opus, in hac iudex defuncti cauſam cognoſcere nequit, ſed actor ad forum domicilii ſingulorum heredum dimittendus. HOM.

57) Forum eccleſiaſticum & feudale non niſi in relatione ad ius romanum priuilegiatum dici poteſt. MAD.

Digitized by Google

§. 52.

Ad cauſas *eccleſiaſticas* plerumque ex mente iuris canonici referunt

a. *ſponſaliorum*,

b. *matrimoniales*, quando de iure agitur, item, de matrimonio contrahendo, continuando, diſſoluendo. Non ſi de facto, *an matrimonium contractum ſit?* incidenter quaeſtio oritur.

c. *iuramentorum*, quod vero apud Proteſtantes ſecus.

d. *res eccleſiaſticas* 58) concernentes 59).

e. *delicta eccleſiaſtica*, vt hereſeos. Vid. BOEHMERI *Ius Eccl. Proteſt. Libr. II. Tit. II. §. 23. ſqq.*

Nota. In terris Brunſuicenſibus, ratione cauſarum eccleſiaſticarum, reſpiciendum eſt ad Ordinationem eccleſiaſticam renouatam ANT. VLRICI Ducis de anno 1709. Illa vero ad conſiſtoria refert

1. *clericorum examina*, *ordinationes* et *introductiones*,
2. *actiones perſonales contra clericos*,
3. *cauſas res eccleſiaſticas concernentes*,
4. *matrimoniales*,
5. *excommunicationes*.

§. 53.

58) In Saxonia Elect. cauſae eccleſiaſticae a conſiſtoriis diiudicandae determinantur in CONSTITVTIONE de Conſiſtoriis Tit. VII. ſub Rubr. Was vor Sachen in das Conſiſtorium gehörig. in Cod. Aug. Tom. 1. pag. 636. Quibus adhuc addenda cognitio de ſepultura eccleſiaſtica. MANDAT. de an. 1719. in Cod. Aug. Tom. 1. p. 1009. & GENERALE de an. 1766. in Cont. Cod. Aug. Tom. 1. pag. 243. HOM.

59) Indeque etiam beneficia eccleſiaſtica, atque bona eccleſ. MAD.

Digitized by Google

§. 53.

Hae cauſae pertractantur coram conſiſtoriis 60). Quae tamen neceſſitatis non ſunt. Conf. WEBER *Tract. de Conſiſtoriis.*

§. 54.

Cauſae feudales, vel coram Paribus curiae, ſi controuerſia tangit Dominum & Vaſallum, *2. Feud. 16.* vel ſi inter Vaſallos lis eſt, & eſt regale feudum, coram Domino, *1. Feud. 18.* 61) ſi non regale feudum, coram Domino & Paribus curiae *2. Feud. 15.* expediendae ſunt 62). De feudis immediatis iure Imperii vid. *Ord. Cameral. P. 2. Tit. 7.* & *Ord. Iud. Aul.* de an. 1654. *Tit. II. pr.* Quoad mediata hat man entweder Lehns-Curien, oder wenn es bey Landes-Regierungen vorkömmt, werden Pares curiae darzu genommen 63).

§. 55.

60) Sed in terris Brandenburgicis conſiſtoriis omnis iurisdictio quoad cauſas controuerſas ademta eſt, ſolis relictis iis, quae ad inſpectionem eccleſiaſticam pertinent, neque cauſam controuerſam continent. *Cod. Fr. Part. III. Tit. II. §. 17.* MAD.

61) Non excluſis tamen Paribus curiae. HORN. *in Iurispr. Feud. cap. 25. §. 4.* HOM.

62) In Saxonia Elect. cauſae feudales coram Regimine Aulico ventilantur, quod earum cognitionem & deciſionem iudicio appellationum committit. Vid. NOVA ORDINATIO SVMMI PROVOCATIONVM IVDICII de an. 1734. Rubr. Wer vor unſer Appellation-Gerichte geladen. Cont. Cod. Aug. Tom. I. pag. 445. Cognoſcunt quoque curiae prouinciales in cauſis quibusdam feudalibus. Conf. ORD. CVR. PROV. VIT. de an. 1550. Tit. Wer vor das Hof-Gerichte möge geladen werden. Add. Wabſt. Hiſt. Nachricht von Sachſen Sect. II. c. I. HOM.

63) In terris Brandeburgicis peculiaria & a ciuilibus ſeparata iudicia feudalia non ſunt, ſed in iudicio ordinario, aut inferiori aut ſuperiori, tranctantur, quod tamen eatenus quandoque dicitur die Lehns-curie. MAD.

§. 55.

Foreſtales cauſae, Jagd- und Forſt-Sachen in fürſtlichen Gehölzen, regulariter in Camera pertractantur 64).

§. 56.

Metallicae pertractantur vor dem Berg-Amt, niſi aliud conſtitutum 65).

§. 57.

64) Quoque in Sax. El. iurisdictio venatoria ac foreſtalis collegio Camerae principis eſt propria, & vel a ſolis praefectis, vel ab his vna cum officialibus rei foreſtalis ſuperioribus exercetur. Nam de ipſis cauſis venatoriis & foreſtalibus, quo & referuntur officium miniſtrorum foreſtalium concernentia, praefecti, non niſi praeſciente & concurrente eius, in quo cauſa obuenit, diſtrictus foreſtali ſuperiore, cognoſcunt. In cauſis vero perſonalibus reliquis miniſtrorum foreſtalium, tam ciuilibus, quam criminalibus, quae ad rem foreſtalem non ſpectant, ſoli praefecto iurisdictio competit, ita, vt in iis citandis requiſitione ſuperioris foreſtalis quidem non opus, huic tamen notitia rei facienda ſit. GENERALE SAX. daß forum priuilegiatum der Jagd- und Forſt-Bedienten betr. de an. 1743. in Cont. Cod. Aug. Tom. I. p. 1499. HOM.

65) In Saxonia El. per varios terrae montanae tractus diuerſa iudicia metallica, Berg-Aemter, conſtituta, quorum ſingulis magiſter rei metallicae, Berg-Meiſter, praeeſt. Quae ſubſunt iudicio metallico ſupremo Ober-Berg-Amt, quod Fribergae viget, & a ſummo rei metallicae capitaneo, Ober-Berghauptmann, dirigitur. Ab his iudiciis appellatur ad peculiare collegium metallicum Dresdenſe, Berg-Gemach, cum collegio Camerae arctiſſime coniunctum. Haec iudicia metallica iurisdictionem metallicam in cauſis controuerſis pro finium ſuorum ambitu exercent, & rei metallicae conſeruationem & incrementa vbique curant. Modus procedendi ſingularis, Berg-Proceß, praeſcriptus eſt in MANDAT. de an. 1713. in Cod. Aug. Tom. II. pag. 477. Si de ſola cauſa metallica controuer-

ſia

§. 57.

Mercatoriae in quibusdam locis ad iudicium mercatorium, das Handels-Gericht, adſtringuntur 66), requiritur autem tunc

1. vt reus ſit mercator,

2. cauſa mercatoria.

Alias ad ordinarium forum competens pertinet.

§. 58.

Fiſcales cauſae a procuratoribus fiſci deciduntur *L. 5. C. vbi cauſa fiſci.* In imperio, a Camera. *Ord. Cam. Part. 2. Tit. 20.* Quod ſi autem ſpeciale quid in prouinciis non conſtitutum, procuratores fiſci coram foro competente ordinario agunt 67).

§. 59.

Ratione perſonarum priuilegiatum forum eſt,

1. *clericorum,*
2. *academicorum,*

 3. *prin-*

ſia eſt, Acta ad ſententiam ferendam transmittenda ſunt ad Scabinatum Metallicum Fribergenſem, Berg-Schöppenſtuhl, ſin alia cauſa ſimul concurrit, & aliud Dicaſterium Saxonicum pronunciare poteſt. MANDAT. cit. §. 16. HOM.

66) Lipſiae peculiare forum mercatorium floret, quod expreſſa lege propriam & ſingularem formam accepit in der Handels-Gerichts-Ordnung de an. 1682. in Cod. Aug. Tom. II. pag. 2037 ſeq. HOM.

67) Cauſae fiſcales, quae late recenſentur *Cod. Fr. P. IV. Tit. V.* ſi actione ciuili, & non per modum inquiſitionis tractantur, ad forum ordinarium & inprimis ſuperius pertinent. *Cod. Fr. P. III. Tit. II. §. 5.* MAD.

In rebus ad Acciſam pertinentibus in Sax. Elect. inſpectoribus Acciſae aliqualis conceſſa eſt iurisdictio, de qua late WINCKLER ad Bergeri *Oec. Iur. Lib. IV. Tit. IV. th. 3.* De foro eorum, qui curſum publicum curant, conſtituit Sächſ. Poſt-Ordnung de an. 1713. §. 2. Cod. Aug. Tom. II. p. 1047. HOM.

Digitized by Google

3. *principis conſiliariorum,*
4. *militum,*
5. *miſerabilium perſonarum.*

§. 60.

Clericorum forum priuilegiatum eſt in conſiſtoriis, ſi

1. actione perſonali conueniantur,
2. rei partibus fungantur.

Alias non. *Quid de delictis clericorum?* 68)

§. 61.

Academici, & vxores, & eorum liberi iure rom. eligere poterant academicum magiſtratum & epiſcopum ciuitatis *Auth. habita. C. ne filius pro patre* 69). Hodie coram magiſtratu academico, quando contra ipſos tamquam reos agitur actione perſonali, actio inſtitui debet.

An iurisdictio criminalis Academiae cohaereat? Negatur regulariter 70).

§. 62.

68) Omnia delicta clericorum, vt & omnes cauſae eorum, ſimulac contradictione voluuntur, pertinent ad fora ciuilia in terris Brand. vid. not. ad §. 53. MAD.

De ambitu & limitibus clericalis fori in Saxonia copioſe egit C. G. HOMMELIVS in *Princip. Iuris Eccleſiaſtici Proteſt.* Cap. V. §. 4 ſeqq. HOM.

69) De foro Academicorum nihil iure rom. conſtitutum accepimus. Haec enim Auth. continet conſtitutionem *Friderici* Imp. a. 1158. Roncal. latam, qua *ſcholaribus* (atque ſacrarum legum profeſſoribus) optionem dedit, vtrum coram *domino*, vel *magiſtro ſuo*, vel ipſius ciuitatis *epiſcopo* conueniri velint. Falluntur itaque, qui noſtram iurisdictionem academicam inde deriuare cupiant. In *L. 6. C. de prof. & med.* autem non de foro, ſed de immunitatibus eorum ab oneribus ciuilibus ſermo eſt. MAD.

70) Si indefinite conceſſa eſt, omnino etiam iurisdictio criminalis haud deneganda eſt, niſi probari poſſit, ſecun-

§. 62.

Principum conſiliarii 71) in regimine principis, quod ad actiones perſonales, ſi rei ſint, pertinet, ſortiuntur forum 72).

§. 63.

Milites actione perſonali conueniendi 73) ſunt coram iurisdictione militari, den Kriegs-Gerichten 74), *L. 2. C. de offic. magiſtr. milit.* 75)

§. 64.

ſecundum formulam prouinciae requiri expreſſam conceſſionem ad vnam alteramue ſpeciem. Sunt tamen multi, qui inferiorem tantum iurisdictionem tunc conceſſam intelligant. v. BOEHM. *Pr. Iur. Feud.* §. *67.* MAD.

Studioſi forum domicilii paterni adhuc retinent. LEYSER ad ff. *Spec. LXXVII. Med. 5. & 6.* Famulitium academicorum Vitembergae ſubeſt magiſtratui academico, Lipſiae ſenatui ciuitatis. HOM.

71) Duplex forum h. l. conſiderandum.
1. Forum officialium publicorum, dignitate conſiliarii aut ſimili charactere conſpicuorum, quod in prouinciis Germaniae deprehenditur in ſupremo iudicio prouinciae (Hofgericht, Canzeley, Regierung, & ad exemplum iud. cam. Imp. Cammer-Gericht, Ober-Amt ꝛc.)
2. Forum priuilegiatum, quod habent omnes illi, qui in miniſterio vel ſeruitio aulico principum ſunt, in iudicio aulae Mareſchalli, (Hof-Marſchall-Amt.) MAD.

72) Schriftſaſſii ſaxonici ſubſunt curiis prouincialibus, aut regimini aulico, vide Hof-Gerichts-Ord. de an. 1550. Tit. Wer vor das Hof-Gerichte möge geladen werden. Cod. Aug. Tom. I. pag. 1337 ſeqq. HOM.

73) In realibus enim iudici rei ſitae ſemper ſubſunt. MAD.

74) Potius Regiments-Gerichten in prima inſtantia, in vlteriori autem dem General-Auditoriat, ſiue aliis iudiciis ſuperioribus. Sunt quoque, qui exemti ſunt a iurisdictione militari inferiori. MAD.

75) Quod & iuris in Saxonia El. vide Ern. Ordonnanz de an. 1752. cap. X. §. 110. in Cont. Cod. Aug.

Digitized by Google

§. 64.

Miſerabiles perſonae (quae declarantur *L. vn. C. quando Imp. inter pup. vel alias miſerab. perſ. cognoſc.*) hoc habent priuilegium, vt ſtatim in ſuperiori vel potius ſuprema inſtantia agere poſſint 76). BERGER. in *Elect. Diſc. For. Tit. IV. Obſ. 9. pag. 96 ſeq.*

Ceſſat

Aug. Tom. I. pag. 1194 ſeq. Praefecti militum ſuperioris ordinis expectantes dum iterum ad militiam euocentur, ſo auf Warte-Geld geſetzt, retinent forum priuilegiatum militare, vi MANDAT. SAX. de an. 1756. ſed honeſte & cauſarie dimiſſi annumerantur perſonis ſchriftſaſſicis. RESCRIPT. SAX. de an. 1713. Cod. Aug. Tom. I. p. 1181. Reliqui dimiſſi gregarii milites, vxores militum maritos non ſequentes, vt & eorum viduae ciuili iurisdictioni, in qua commorantur, ſubſunt. Ern. Ordonnanz cit. loc. §. 113. HOM.

76) Potius ſecundum l. cit. vt iudicium *Imperatoriae ſerenitatis*, omiſſo iudice inferiori, habere poſſint. Recte tunc priuilegium dicebatur, cuius ratio erat, ne perſonae miſerabiles ambagibus litium & ſumtibus, quos ſentiunt ii, quorum cauſae a prima inſtantia vsque ad tribunali principis veniunt, opprimantur. FR. GOTTL. ZOLLER ad *L. vn. C. quando Imp. int. pup.* (Lipſ. 1773.) §. 15. Quum autem hodie ceterae inſtantiae in hisce perſonis non deſinant, indeque in ſuperiori inſtantia, ſi non moleſtior, certe ſumtuoſior ſit proceſſus, priuilegium tantum in eo deprehenditur, quod praeter perhorreſcentiam iudicem inferiorem praeterire poſſint. Confirmatum eſt hoc forum miſerabilium perſonarum *Cod. Fr. Part. III. Tit. II.* §. 21. quibus tamen non adnumerandae ſunt viduae mercatorum, mercaturam exercentes Anh. ad h. §. *Tit. XXXVII.* MAD.

Digitized by Google

Ceſſat vero

1. ſi rei partibus fungantur 77),
2. ſi ex iure ceſſo agant 78).

§. 65.

His antepoſitis progredior ad *modum proponendi actiones* ſcil. *per libellum.* 6) de modo propon. action. §. 65-83

§. 66.

Libellus eſt *ſcriptura* (enarratio) *intentionem actoris declarans*, i. e. *facti ſpeciem, fundamentum agendi & congruum petitum continens* 79).

§. 67.

77) Secundum *Cod. Fr. l. c.* etiam ſi actoris vices ſuſtinent. MAD.

Exceptioni huic ſub n. 1. vtpote ſolido fundamento deſtitutae potius ſubſtituenda eſt haec: ſi ſubſunt iurisdictioni patrimoniali, quippe quae romanis legibus, ex quibus hoc forum deſcendit, incognita. BERGER in *Oec. Iur. Lib. IV. Tit. IV. th. 3. n. 2.* HOM.

78) Hiſce addendum

3. In cauſis minutis, LEYSER ad ff. *Spec. LXXVIII. Med. 8.*
4. in cauſis feudalibus, *c. 6. X. de for. compet.*
5. ſi perſona aduerſa aeque miſerabilis. BERGER in *Oec. Iur. loc. cit. n. 3.* Diſſentit HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 624.*
6. ſi lis coram iudice ordinario iam coepta. BERGER *cit. loc.* Diſſentit LEYSER ad ff. *Spec. LXXVIII. Med. 5. 6.* HOM.

79) Libellus potius dici debet oratio, qua actio alicui competens contra aliquem in iudicio proponitur, & tunc vel tenor orationis ipſius ſpectatur, vel modus orationem, qua libellus conficitur, concipiendi atque declarandi. Pr. in caſu materialiter §. 70. poſter. vero formaliter conſideratur §. 67-70. MAD.

Digitized by Google

§. 67.

Proponitur 80)

1. vel oretenus in iudicio, & vocatur mündliches Anoder Vorbringen, atque in regiſtraturam redigitur. Idque in leuioribus cauſis, vel moram non ferentibus admitti ſolet, *Nou. 17. c. 3. Nou. 100. c. 1. & Clem. 2. de V. S.* 81)

2. vel in ſcriptis iudici offertur 82).

§. 68.

Requiſita iunctim continentur in his verſiculis:

Quis, quid, coram quo, quo iure petatur, & a quo
Recte compoſitus quisque libellus habet 83).

§. 69.

Vt haec requiſita penitius cognoſcantur, conſideranda libelli

1. *eſſen-*

80) Secundum formalia, oratio vel declaratur iudici verbis ore prolatis, vel ſcriptis. Pr. in caſu eſt libellus *oralis*, poſt. vero *ſcriptus*, qui vel orationem in articulos diſtinctam continet, vel naturali ſerie compoſitam. Illo in caſu *articulatus* in R. I. N. §. 34. prohibitus, hoc autem *ſimplex*, qui vel propoſitiones plures non articulatas continet, ne ex multitudine propoſitionum confuſio oriatur, vel non, ſi prius *punctatus*, ſin poſterius *ſimplex* in ſpecie. MAD.

81) Conf. MANDAT. SAX. ELECT. de an. 1753. wegen Abſtellung proceß. Weitläufftigkeiten in geringſ. Rechts-Sachen §. 3. Iunct. ORD. PROC. SAX. REC. Tit. V. §. 1. HOM.

82) Omnis libellus in ciuilibus ſit ſimplex ſ. continuus. Articulatus non admittitur, REC. IMPER. NOVISS. de an. 1654. §. 34. & 64. In Sax. CONSTIT. ELECT. 2. Part. I. ORD. PROC. SAX. VET. Tit. V. pr. HOM.

83) Vt nomen actionis in libello exprimatur, neceſſe non eſt. STRYCK Diſp. *de cautela abundanti in proceſſu.* HOM.

Digitized by Google

1. *eſſentialia* 84),
2. *accidentialia.*

§. 70.

Eſſentialia

1. *in exordio,*
2. *propoſitione,*
3. *petito*, ponderanda veniunt.

§. 71.

Exordium continere debet nomen & cognomen

1. *actoris & rei*, auch was und wo ſie ſind? Vniuerſitatis generale nomen, die Gemeinde zu N. ſufficit. Plures litis conſortes omnes exprimendi.
2. *iudicis*, vbi nomen officii plerumque ſufficit, der Rath zu N. Stadt-Gerichte zu N. 85)

§. 72.

Propoſitio continet

1. *facti ſpeciem*,
2. *cauſam petendi* 86).

§. 73.

84) Quae abeſſe atque omitti nequeunt. MAD.

85) His addunt obiecti litis allegationem adeo, vt totum exordium ſic formandum ſit: Abgenöthigte rechtliche Klage J. H. M. zu N. Kl. an einem, entgegen C. M. S. Bürger und Schneider allhier Bekl. am andern Theil — puncto 500 Rthlr. nebſt rückſtändigen Intereſſen. Sed forma haec exordii in foris Brand. plerumque negligitur, quamuis in ipſo libello eſſentialiter nomen actoris, rei, iudicis & obiecti litis deſcriptio obuenire debeant. De forma & requiſitis libelli ſecundum noſtrum ſtylum curiae in praelectionibus. MAD.

86) Iuris communis enarratione opus quidem non eſt; bene vero ſpeciale & conſuetudinarium ius, in quo actor ſe nititur, adducendum. HOM.

Digitized by Google

§. 73.

Facti ſpecies eſt *curata relatio negotii, ex quo agitur.* In qua ſequentia notes:

1. *expendas & commemores omnes circumſtantias, ad fundamentum agendi eliciendum neceſſarias,*
2. *breuiter & perſpicuis verbis enarres factum* 87),
3. *obiectum litis ſollicite deſigna*, exprimendo, pro varietate rerum, quae petuntur, rei pondus, numerum, menſuram, colorem, formam, ſexum, materiam, ſitum, fines, & aliquando vicinos. *L. 6. ff. de R. V.*

§. 74.

Cauſa petendi 88), ſiue fundamentum agendi, eſt *ratio ſufficiens, cur hic actor ab hoc reo hanc rem petat.*

§. 75.

87) Si autem in factis praeſtandis conſiſtit, res circumſtantes neceſſario exprimendae ſunt, quae fundamentum obligationis in reo ad haec facta praeſtanda continent. Si autem in ſtatu quodam iudicialiter perſequendo conſiſtit, illae res circumſtantes allegandae ſunt, ex quibus ſtatus rei, ab actore praetenſus adparere poteſt. MAD.

88) Cauſa petendi quidem & fundamentum agendi ſynonymice ſumuntur, technice autem ita diſtinguuntur, vt cauſa petendi ſit fundamentum actionis in libello actu propoſitae. Eſt autem fundamentum agendi in genere ratio poſſibilitatis moralis inſtituendae actionis, ſic v. g. rei vindicationis fundamentum eſt dominium, hereditatis petitionis ius hereditarium competens, indeque cauſa petendi eſt allegatio iuris, quod actionem producit. Iam vero vel ſimul titulus atque modus huius iuris competentis allegatur, vel non ſiue ſolum ius exprimitur, ſine titulo atque modo. Priori in caſu dicitur *cauſa petendi* vel *agendi ſpecialis* ſ. *remota*, poſt. vero *generalis* ſ. *proxima.* MAD.

Digitized by Google

§. 75.

In actionibus realibus ſufficit cauſa petendi generalis ſcil. ſpecies iuris in re, ex qua actio dimanat. Conſultius autem aliquando eſt, etiam cauſam ſpecialem, nempe titulum & modum exprimere 89).

§. 76.

In actionibus perſonalibus cauſa petendi generalis, nempe obligatio, non ſufficit, ſed ſpecialis 90) eſt determinanda, videlicet ſpecies facti liciti, vel illiciti, ex qua actio deſcendit.

§. 77.

Petitum libelli ſit

1. *certum*, vt intelligatur, quid, quale, quantumque actor petat?
2. *naturae actionis congruum;* qualis enim finis actionis eſt, tale eſſe debet petitum.

§. 78.

89) Ideo, quoniam ſi actor in libello tantum cauſae petendi generalis mentionem fecerit, deinde autem in probatione tituli atque modi (ſiue competentiae ipſius iuris) ſuccubuerit, ex noua cauſa eandem actionem mouere nequit, ſed illi obſtat exceptio rei iudicatae. Knorre Anleit. zum gerichtlichen Proceß. Si vero v. c. ius hereditarium ex teſtamento ſibi tribuerit, teſtamentum autem per exceptionem nulli, inofficioſi &c. labefactatum fuerit, ſicque actor repulſam tulerit, integrum illi eſt, hereditatem ab inteſtato petere. MAD.

90) Ideo, quod iudex ex libello ipſo non cognoſcere poſſit, vtrum haec actio competat, nec ne, v. g. ſi quis ſcriberet: Titius iſt mir ſchon ſeit langen Zeiten 500 Rthlr. (aus einem Contract) ſchuldig. De iis autem actionibus perſonalibus id tantum dicendum, quae ex iuribus perſonalibus mediatis, non quae ex immediatis oriuntur. MAD.

Digitized by Google

§. 78.

Petitum generale 91) regulariter non admittitur, niſi
1. in actionibus vniuerſalibus, *vt in her.) petit. act. famil. herciſc.*
2. in generalibus actionibus, e. g. *in act. pro ſocio, act. tutelae,*
3. ſi de damnis ac intereſſe agitur, &
4. in criminalibus.

§. 79.

Alternatiua petita pariter locum non habent, niſi ipſa obligatio vel lege, *L. 2. C. de reſcind. emt. ac vend.* 92) vel conuentione ſit alternatiua.

§. 80.

Accidentalia conſiſtunt in clauſulis adiici ſolitis. Inter has eas vtiles reputo, quibus fructus, damna, vſurae, intereſſe petuntur 93). Reliquae plerumque futi-

91) Si quidem ex petito adparet, quid & quale, non vero quantum actor petat, & eiusmodi petitum incertum ſemper admitti debet, ſi poſt cauſae cognitionem demum determinari poteſt, quantum actori debeatur. MAD.

92) Huc quoque referendae ſunt actiones noxales, actio ſtupri, de aeſtimato, olim de mortuo inferendo. HOM.

93) Nec non in poſſeſſorii ſummarii libello, fundamenta petitorii continente, adiecta proteſtatio, de petitorio nullatenus hic tractando. Vid. in Sax. DECIS. ELECT. 13. HOM.

Si illae ab auctore recenſitae clauſulae in libello omiſſae ſunt, ſecundum *Cod. Fr. Part. III. Tit. VI. §. 4.* ex officio a iudice ſupplendae, aduocato in 5 Thal. condemnando. MAD.

In Saxonia clauſula ſalutaris libello nec neceſſario eſt adiicienda, nec ob ineptum petitum libellus rejiciendus a judice, ſed ab eo in cauſa ita pronuncian-

Digitized by Google

futiles, quo etiam refero clauſulam ſalutarem, (ſcilicet, deſuper nobiſe iudicis officium implorando,) herbam betonicam dictam 94).

Not. Haec ſalutaris clauſula ſec. ORD. CVR. PROV. GVELPH. *Tit. 10.* §. Und ſollen die Advocaten omnino requiritur. Ad effectum, vt petitum ex officio ſecundum ſpeciem facti mutari poſſit.

§. 81.

Libello addi ſolet *ſupplicatio* pro impetrando proceſſu, quae eſt ſcriptura, qua quis iudicem rogat, vt in cauſa controuerſa miniſterium ſuum praeſtet.

nunciandum, ſicut actor petere debuiſſet. ORD. PROC. SAX. *Tit. V.* §. *1.* & 2. Add. LEYSER. ad ff. *Spec. 36. Med. 3.* HOM.

94) Quae ſecundum *Cod. Fr. l. c.* §. *3.* ipſo iure libello ineſt, indeque ab aduocato nunquam adiicienda.

Mireris forſan, auctorem tractationem de libello non ſecundum formam ſyllogiſmi (quem libellus continere perhibent) dediſſe. Sed vidit iam tunc temporis Cl. A. rem puerili hac methodo non clariorem reddi, quin potius obſcurari, aut facile quem eo perduci poſſe, vt iudici exhibeat libellum hac ſyllogiſtica oratione formatum: Quicunque habet dominium, illi competit rei vindicatio, atqui habeo dominium, ergo habeo rei vindicationem. Ridebit iudex, ridebunt & Muſae Themidos, a tanta abſurditate plene abhorrentes. Delectentur itaque hiſce nugis ii, qui ad detegendam in omni iuriſcientia ignorantiam, quique vltra tyrocinium ex Schneidewino eiusque farinae ſcriptoribus anxie quaeſitum numquam profecti, attamen iniuria temporum & ſtupore vulgi ICti iratis Diis facti ſunt, operoſe in ſcholaſtica philoſophia praeſidium quaerunt, ſibique ita ICti philoſophici videntur, ſed vera re nihil vmquam in iurisprudentia fecerunt, quam quod ſcholaſtica barbarie, & quod magis adhuc dolendum, incredibili confuſione iurisprudentiam Harpyiarum more polluant atque inquinent. MAD.

Digitized by Google

§. 82.

In hac ſupplicatione, omiſſis aliis conſuetis ineptis formulis, petitur

1. *vt terminum conſtituat,*
2. *citet reum ſub clauſula*, ſcil. *generi proceſſus conueniente*, i. e. *ſub mulcta & praeiudicio,*
3. *communicet cum reo libellum,*
4. *notificet actori terminum.*

§. 83.

Haec ſupplicatio vel ſeparatim concipitur, vel ipſi libello inſeritur. Quo circa de vtroque modo libellos ſubiiciam 95).

Exemplum libelli actionis

⊙

Rechtliche Klage
in Sachen
Johann Heinrich Maevii,
Bürger und Schneiders zu Harlem,
Klägers an einem
contra
Chriſtian Martin Sempronium,
Bürgern und Goldſchmidt zu Helmſtädt
Beklagten am andern Theil.

Rubricirter Kläger klaget kürzlich rc.

vel ita:
Kläger
Johann Heinrich Maevius
contra
Chriſtian Martin Sempronium,
Beklagten

Klaget, (oder bringet klagend an,) welchergeſtalt Titius, ſo jüngſthin den 2 Mart. h. a. verſtorben, ein

95) Exempla auctoris obſoleta ſunt, illisque alia ſubſtituenda. MAD.

Digitized by Google

ein Teſtament hinterlaſſen, worinnen er Klägern zu ſeinen Univerſal-Erben eingeſetzet; Wann aber Beklagter, nach Titii Abſterben, ſich als vermeintlicher Erbe ab inteſtato der Erbſchaft angemaßet, und ſolche in Güte an Klägern abzutreten ſich verweigert; Als iſt er zu klagen genöthiget worden, fordert dannenhero richtige Einlaſſung und Antwort, nach deren Erfolg er in Rechten zu erkennen bittet:

Daß Beklagter die libellirte Erbſchaft vermittelſt eines zu rechtbeſtändigen Inventarii, oder in deſſen Ermangelung, einer eidlichen Specification Klägern cum fructibus perceptis & percipiendis abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Deſuper nobiliſſimum iudicis officium implorando.

conc. **Johann David** Scaevola.

Exemplum ſupplicationis.

Hochedelgeborne,
Veſte und Hochgelahrte auch Hochweiſe,
Hochgeehrteſte Herren,

Auf beygehende Klage ſub ⊙ bitte zuförderſt einen legalen Termin anzuberaumen. Bekl. communicatis communicandis zur Einlaſſung und Antwort hierauf gebührend und ſub poena confeſſi & convicti vorzuladen, mir aber die Tagefahrt zu notificiren, verharrend

Ew. Hochedelgebl. Herrl.

Loc. & dat.

gehorſamſter
J. H. Maevius.

concep. J. D. Scaevola vi mand. ſub A.

Exemplum libelli, cui ſupplicatio ineſt.

Ew. Hochedelgebl. habe klagend zu hinterbringen, welchergeſtalt ich, Johann Friedrich Caio, Buchhändlern

Digitized by Google

händlern allhier, Oſter-Meſſe 1748. ein Darlehn von 200 Rthlr. in Louisd'or, gegen landübliche Verzinſung à 5 pro cent, geliehen, ſo derſelbe Oſter-Meſſe 1749. hinwieder zu bezahlen verſprochen. Wann aber nach Ablauf dieſer Zahlungsfriſt ſich gleichwohl gedachter Caius der ſchuldigen Zahlung verweigert; Als werde gegenwärtige Klage wider denſelben zu erheben genöthiget, und ergehet an **Ew. Hochedelgebl.** ꝛc. mein gehorſamſtes Bitten, einen legalen Termin dieſerhalb anzuberaumen, Beklagten zur Einlaſſung und Antwort hierauf ſub poena confeſſi & conuicti vorzuladen, auch mir den angeſetzten Termin zu notificiren. Nach erfolgter Einlaſſung und Antwort aber dahin zu erkennen:

Daß Beklagter die libellirten 200 Rthlr. an Louisd'ors, nebſt denen von Oſtern 1748. aufgelaufenen Intereſſen ſo wohl, als alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Der ich mich geneigter Deferirung getröſtend, verharre

Ew. Hochedelgebl.

loc. & dat. gehorſamer

conc. Joh. Chriſt. Blumbacher.

Sebaſt. Corrumpuntius vi mand. ſub ☉
Aduocatus immatriculatus allhier.

In tergo titulus iudicis, ad quem dirigitur ſupplicatio, exprimitur.

§. 84.

7) de cumul. action. §. 84 92. Progredior ad *cumulationem actionum*, quae eſt, *quando plures actiones in eodem libello proponuntur.*

§. 85.

Haec eſt vel
1. *ſubiectiua*, vel
2. *obiectiua.*

§. 86.

§. 86.

Subiectiua eſt 96), *quando plures actores contra vnum reum*, vel *vnus actor contra plures reos*, vel *plures actores contra plures reos, actiones eodem libello inſtituunt* 97).

§. 87.

Haec cumulatio ſecundum omnia iura prohibetur, niſi plures actores vel rei ſint litis conſortes 98).

§. 88.

Litis conſortes vocantur, qui

1. *ſimul*,
2. *de eadem re*,
3. *ex eadem cauſa*,
4. *coram eodem iudice*, vel *agunt*, vel *conueniuntur* 99).

§. 89.

Obiectiua eſt, *quando actor contra eundem reum plures actiones eodem libello proponit*. De qua ſequentia conſideranda ſunt 100).

96) Auctor potius enumerationem caſuum dedit, in quibus ſubiectiua cumulatio obuenire poſſit, neque ea proprie dicenda eſt, ſi creditor aduerſus plures correos debendi agit, quoniam in eo caſu vna cauſa, vna actio plures tantum perſonas tangit, potius, ſi plures actiones ratione plurium litigantium obuenientium diuerſae in vno eodemque libello proponuntur. MAD.

97) Hinc ſubiectiua diuiditur in *actiuam*, *paſſiuam* & *mixtam*. HOM.

98) Qui vero re vera non plures actores aut plures rei ſunt, ſed in iuridico ſenſu vnam tantum perſonam efficiunt. Iure *Cod. Fr.* admittitur, ſi plures creditores ab vno reo non vltra 20 Th. exigunt, *Part. III. Tit. VI.* §. 13. MAD.

99) Huc pertinent coheredes, collegatarii, ſocii, membra vniuerſitatis in cauſa vniuerſitatis &c. HOM.

100) Generalis regula eſſet: admittenda eſt, niſi confuſio aut ratione obiecti aut ratione modi procedendi inde metuenda ſit. MAD.

Digitized by Google

§. 90.

1) Si eiusdem generis ſint, ex eademque cauſa petendi dimanent actiones, omni modo licet, modo in eodem proceſſus genere verſentur 101).

§. 91.

2) Si diuerſi ſint generis, ex diuerſis cauſis petendi oriundae, & ad diuerſas res tendant, cumulatio iure quidem ciuili aegre, bene tamen iure canonico & praxi hodierna fertur 102). Cauendum vero, ne vel

1. *oriatur confuſio*, vel
2. *diuerſi proceſſus cumulentur* 103).

§. 92.

3) Si vero ita diuerſae actiones ad eandem rem tendant (quo in caſu concurſus actionum adeſt v. g. quoad actiones legatariis competentes), tunc actiones ad diuerſum finem tendentes (eſt enim concurſus cumulatiuus) cumulari poſſunt 104): ad eundem

101) V. g. mutua diuerſis temporibus contracta cum petimus. Conſultum tamen, vt haec diuerſa debita numeris diſtinguamus in libello. HOM.

102) Confer. MENCKEN in *Tract. Synopt. Proceſſ. Diſp. V. Tit. V.* §. 10. HOM.

103) De cumulatione poſſeſſorii, ſummarii & ordinarii, cum petitorio vid. *Cod. Fr. P. IV. Tit. XVII.* §. 20. MAD.

Iure Saxonico El. ſecundum ORD. PROC. VET. *Tit. V.* §. 3. in vno libello tres diuerſi generis actiones tantum cumulari poſſunt in regula. Dantur tamen & exceptiones in cit. §. 3. Sec. ORD. vero PROC. REC. *Tit. V.* §. 2. indiſtincte plures, quam tres, ex diuerſis cauſis deſcendentes, contra eundem in vno libello cumulari queunt, dummodo in eodem genere proceſſus ventilentur, nec confuſio inde metuenda ſit, quod iudicis arbitrio relinquendum. H.

104) V. g. actio furtiua & condictio furtiua. HOM.

Digitized by Google

eundem finem vero pertinentes (cum concurſus electiuus ſit,) cumulari nequeunt 105). Conf. iure Sax. ORD. PROC. REC. *Tit. V.* §. 2.

Not. Sec. ORD. CVR. PROV. GVELPHERB. *Tit.* 10. §. Ferner ſollen die Advocaten & ORD. CANC. *n.* 3. nulla cumulatio licita eſt.

§. 93.

Sequitur tractatio *de mutatione & emendatione libelli* 106). 8) de mutat. libell. §. 93-100

§. 94.

Mutatio dicitur, quando vel

1. *res petita*, vel
2. *cauſa petendi*, vel
3. *modus agendi & probandi* mutatur 107).

C 5 §. 95.

105) V. g. condictio furtiua & rei vindicatio, ſed tunc vna actio probatu facilior, quae in dato exemplo eſt prior, inſtituenda. A concurſu actionum cumulatiuo & electiuo differt ſucceſſiuus, vbi actio poſt alteram, moueri poteſt, vt actio pro ſocio, & communi diuidundo. HOM.

Ab initio quidem etiam concurſus electiuus, nempe vsque ad primam iudicis interlocutionem, toleratur, adeo tamen, vt poſt eandem in inſtantia probationis ceteriſque ceſſare, & actor eligere debeat, ſuper quamnam actionem probationem ſuſcipere velit, indeque haec cumulatio electiua dici ſolet *minus plena*, prior autem *plena*. MAD.

106) Mutatio libelli in genere eſt, ſi nouae determinationes orationi, qua actio propoſita eſt, iniiciuntur, quod vel ita fit, vt noua plane actio ſiue materaliter ſiue formaliter oriatur, vel, priſtina actione tam materialiter quam formaliter ſalua manente, quaedam corriguntur. Priori in caſu eſt *mutatio libelli in ſpecie*, poſteriori vero *emendatio libelli*. MAD.

107) Mutatio commode diuiditur in *ſubſtantialem*, quae fit ratione obiecti ſeu rei petitae & cauſae petendi, & *accidentalem*, ratione modi agendi & probandi. Vid. in Saxonia ORD. PROC. REC. *Tit. V.* §. 9. HOM.

Digitized by Google

§. 95.

Haec mutatio iure ciuili ante litis conteſtationem indiſtincte permiſſa 108), poſt litis conteſtationem vero vsque ad ſententiam non aliter, quam ſi

1. *iuſta adſit cauſa*,
2. *a iudice approbata*,
3. *expenſae litis reſtituantur*, *ſ. 36. 37. I. de act. L. 3. C. de edendo. L. 79. ff. de iud.*

Not. Iure Sax. communi licita eſt, vsque dum vel guaranda ab actore praeſtita, vel lis a reo pure conteſtata eſt. Land-Recht *L. 1. art. 63. L. 2. art. 16. L. 3. art. 14.* conf. quoad Elect. Sax. ius ORD. PROC. SAX. VET. *Tit. V.* §. *4.* & ORD. RECOGN. *Tit. V.* *ſ. 9.* 109)

§. 96.

108) Tunc temporis, quum formulae actori & reo darentur, nullum dubium eſt, quin ante L. C. permiſſa fuerit, neque proprie mutatio actionis *inſtitutae* erat. Iure recentiori de mutatione D. ANTONINVS P. *L. 3. C. all.* diſpoſuit, emendari atque mutari licere editam actionem, prout vel Edicti perpetui auctoritas moneret, vel ius reddentis aequitas decerneret. In *L. 79. ff. de iudic.* habetur, eum, qui temere alium vocauerit, viatica litisque ſumtus reddere debere, §. *36. & 37. I. all.* fruſtra euolues. Semper igitur mutatio ſec. §. 96. licet, ſiue ante ſiue poſt L. C. fiat, modo expenſae reſtituantur, ſi quas habuit aduerſarius. Quum enim mutatio haec nouam actionem inuoluat, nouamque adeo L. C. requirat, & integrum actori ſit, priori liti renunciare, etiam haec mutatio poſt ſententiam interlocutoriam permittenda. Sic tota res intelligenda etiam ſecundum *Cod. Fr. Part. III. Tit. VI.* §. *19.* iunct. *P. III. Tit. XXXVII.* §. *13.* MAD.

109) Secundum hanc mutatio libelli *accidentalis* actori permiſſa eſt, donec probatio, aut iuramenti praeſtatio per rem iudicatam fuerit injuncta, reusque tunc, noua emiſſa citatione, refuſisque ab actore expenſis, ad libellum mutatum reſpondere, obligatur. HOM.

Digitized by Google

§. 96.

Sed poſtea tamen & actori licet, refuſis expenſis, plane nouam actionem inſtituere 110).

§. 97.

Mutatione libelli facta ſemper expenſae antefactae refundendae ſunt ab actore 111).

§. 98.

Emendatio eſt, ſi haec capita, de quibus in mutatione dixi, ſalua manent, & tantum quaedam adduntur, vel detrahuntur, v. c. *error in pronomine corrigitur*, *ſumma petita minuitur*.

§. 99.

Emendatio vsque ad ſententiam definitiuam licita eſt, tam iure ciuili, quam canonico. Quod ſi tamen noua deliberatione ob ſummae diminutionem opus ſit 112), expenſas termini actor praeſtare debet, & noua citatione opus eſt, alias non 113).

110) Mutatio libelli *ſubſtantialis* in Saxonia omni tempore litis eſt permiſſa. ORD. PROC. VET. *Tit. V.* §. *4.* & REC. *Tit. V.* §. *9.* HOM.

111) Quamdiu hoc non factum, reus ad reſponſionem noui libelli cogi nequit. Imo in Saxonia pro re nata actor vna cum aduocato, ob litis procraſtinationem, decem pluriumque Thalerorum mulcta coercendus. ORD. PROC. REC. *Tit. V.* §. *9.* HOM.

112) Optime hoc auct. adiecit a plerisque neglectum. Si enim v. c. maior ſumma ab actore petita rationem contineat vnicam, quare alter litem tam conteſtatus quam perſecutus ſit, poſtea autem eandem diminuat, actor merito expenſas termini aut litigii reſtituere debet. MAD.

113) In Saxonia erroris aut obſcuritatis correctio & declaratio, aut loco maioris quantitatis, minoris petitio,

§. 100.

9) de exceptionibus. §. 100-122. Tandem vltimum caput tractationis generalis attingam de *exceptionibus*. Eſt vero exceptio *remedium iuris, quo reus contra actionem inſtitutam ſe defendit. pr. I. de except. L. 10. C. eod.*

§. 101.

De variis exceptionum ſpeciebus euolue *Tit. ff. de except.* ibique compendia. ZANGERVM & OLDENDORPIVM *de exceptionibus.* In praeſenti tantum diuiſionem in *dilatorias* atque *peremtorias* retinebo.

§. 102.

Dilatoriae exceptiones, verzügliche Schutzreden, ſunt, *quibus reus actionem & reſponſionem differre intendit.*

§. 103.

Vnum omnium dilatoriarum exceptionum eſt fundamentum, ſcil. *vt defectus detegatur, ob quem actor nondum ius ſuum perſequi & reus ad reſpondendum cogi poſſit.*

§. 104.

Hic defectus ex tribus argumentis deſumitur,

1. *ex forma iudicii neglecta,*
2. *ex cauſae meritis,*
3. *ex perſona rei.*

§. 105.

A neglectione formae proceſſus deſumuntur, *exceptio fori incompetentis, primae inſtantiae, litis pendentis, praeuentionis, ſuſpecti iudicis, habili-*

titio, pro mutatione non habetur, quippe quae poſt reſponſionem rei etiam in ipſa probatione, vel ad actualem iuriſiurandi praeſtationem vsque adhuc permiſſa eſt. ORD. PROC. REG. *Tit. V.* §. 9. HOM.

Digitized by Google

habilitatis, *loci non tuti* 114), *termini anguſti*, *incidentis in diem feriatum*, *deficientis legitimationis*, 115) & ſimiles.

§. 106.

A cauſae meritis deriuantur, *exceptio inepti & obſcuri libelli*, *pacti de non petendo intra certum tempus*, *excuſſionis*, *cedendarum actionum*, *nondum demonſtrati dominii*, (vt in actione confeſſoria & negatoria) *ſpolii* 116) & reliquae.

§. 107.

A perſona rei adueniunt, exceptio *impetrati indulti moratorii*, *ceſſionis bonorum*, *competentiae*, *iuſti impedimenti*, & aliae eius generis.

§. 108.

Exceptiones dilatoriae regulariter omnes ante litis conteſtationem ſunt opponendae. REC. IMP. *de an.* 1654. *§*. 37. 38. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. XI*. *§*. 1. niſi vel

1. *poſtea demum emergant*, vel
2. *reus ante earum notitiam non habuerit*, vel
3. *ſint anomalae*, ſcil. quae in omni parte iudicii adhuc opponi poſſunt, ne iudicium eluſorium fiat, v. c. legitimationis.

§. 109.

Summariter ſtatim ſunt demonſtrandae 117), alias non attenduntur, eae tamen, quae cauſae merita reſpi-

114) Quae exceptiones quoque vocantur fori declinatoriae. HOM.

115) Cautionis nondum praeſtitae pro expenſis aut pro reconuentione. HOM.

116) Exceptio ſpolii in Saxonia peremtoriis magis annumeranda, ORD. PROC. REC. *Tit. XI.* §. 3. HOM.

117) Quod repetitum *Cod. Fr. Part. III. Tit. X.* §. 8. adeo, vt neque iuramenti delatio, neque ſententia interlocu-

Digitized by Google

reſpiciunt, etiam in reprobatione demum deduci poſſunt, *L. 19. C. de probat.* 118)

§. 110.

Pleraeque exceptiones dilatoriae, negatiuam continentes, probatione haud indigent, vt nec illae, quae ex actis iam patent. De Except. Dilat. confer. RIVINI *Specimen. Except. Forenſ. Dilat.* 119) quem tractatum commendo.

§. 111.

Peremtoriae exceptiones, zerſtörliche Schutzreden, ſunt, *quibus reus actionem* vel *in totum*, vel *pro parte elidere intendit.*

§. 112.

Omnes peremtoriae exceptiones, quarum tamen largiſſimum numerum deprehendimus, ad tria fundamenta reduci poſſunt:

1. *quod obligatio, aut ius conſtitutum negetur,*
2. *quod conceſſa licet obligationis aut alius iuris conſtitutione, excipiens aſſerat iam ſatisfactum eſſe* 120),

3. *quod*

terlocutoria huius exceptionis cauſa admittatur. Multa ſunt, quae *Cod. Fr.* de hisce exceptionibus ſpecialiter diſpoſuit, de quibus in Praelect. MAD.

118) In Saxonia dilatoriae, ſi a. iudice attendantur, ſint in continenti liquidae. Per probationem aut iurisiurandi delationem non reddantur liquidae. Exceptiones fori declinatoriae notoriae, aut in continenti ſi demonſtrari poſſunt, etiam in ſcriptis opponi, ac omiſſae, in leuteratione, vel appellatione vlterius vrgeri queunt. ORD. PROC. REC. *Tit. XI. §. 1.* HOM.

119) Cum *diſſ. prael.* I. H. BOEHMERI de *ſeruitute triturae forenſis* & HENR. HAHNII tract. *de exceptionibus.* Hal. & Lipſ. 1755. MAD.

120) Atque ipſam obligationem extinctam eſſe, ex qua actor fundamentum actionis in praeſenti libello deriuare voluit. MAD.

Digitized by Google

3. *quod citra ſatisfactionem aſſeratur, actorem iure ſuo excidiſſe.*

§. 113.

Ex 1. exceptio defluit *doli, metus, erroris, ſimulationis, non numeratae pecuniae, non adimpletae conditionis, SCti Velleiani, Macedoniani* 121), *minorennitatis, uſurariae prauitatis*, & reliquae.

§. 114.

Ex 2. *ſolutionis, dationis in ſolutum, compenſationis, traditionis, depoſitionis iudicialis, nouationis, delegationis &c.*

§. 115.

Ex 3. *praeſcriptionis, confuſionis, interitus caſualis, remiſſionis, mutui diſſenſus, transactionis, rei iudicatae, iurisiurandi, reſtitutionis in integrum &c.*

§. 116.

Duplicis autem generis exceptiones peremtoriae ſunt, vel *liquidae in continenti*, ſiue *litis ingreſſum impedientes* 122), quando vel ex actis, vel documen-

121) Haec & ſequentes non proprie huc pertinent, ſed potius ad n. 3. Obligatio enim adeſt ipſo iure, ſed reſcinditur iuris ſpecialis exceptione. MAD.

122) Dici etiam ſolent exceptiones litis finitae. Ludovici Einl. zum Civil Proc. Cap. 14. §. 3. quam denominationem ex *c. 1. de lit. cont. in 6to* deriuant, vbi habetur: *niſi de re iudicata, transacta ſeu finita excipiat litigator, litis conteſtationem non impediat nec retardet. Cod. Fr.* ad has refert *Part. III. Tit. X.* §. 31. & 32. exceptionem ſolutionis, rei iudicatae, transactionis, compenſationis, praeſcriptionis, legitimationis ad cauſam, debiti ex ludo orti, de illisque diſponitur, eas tam ante, quam poſt L. C. etiam in ipſa executione (niſi iam antea praeteritae aut reiectae ſunt) opponi poſſe, modo iurato confirmat excipiens, ſe nullam earum antea habuiſſe ſcientiam. MAD.

Digitized by Google

cumentis guarentigionatis, vel aduerſae partis confeſſione iudiciali ſtatim probantur.

vel *altioris indaginis*, ſ. *peremtoriae in ſpecie ſic dictae*, quae ita liquido ſtatim non apparent, ſed per teſtes deinde, aut iuramentum &c. probantur.

§. 117.

Exceptiones peremtoriae in continenti liquidae ante litis conteſtationem, vel etiam poſt litis conteſtationem opponi poſſunt. Cautelae nomine ſuadeo, vt, etiamſi ante litis conteſtationem opponantur, tamen inter peremtorias in ſpecie ſic dictas repetantur 123).

§. 118.

Peremtoriae in ſpecie ſic dictae iure Imperii omnes poſt litis cont. in primo termino 124) opponendae ſunt, ſub poena praecluſionis, *Rec. Imp. de an. 1654. §. 57.*

§. 119.

Admittuntur tamen etiam poſt primum terminum, vel

1. *ſi poſtea demum emergant*, vel
2. *ſi poſtea primum ad rei notitiam peruenerint*, & hoc reus in ſubſidium per iuramentum probet, *Cap. 2. X. de probat.* Confer. ORD. PROC. SAX. VET. *Tit. XI. §. 10.*

§. 120.

123) In Saxonia litis ingreſſum impedientes ante litis conteſtationem debent opponi. ORD. PROC. REC. *Tit. XI. §. 1.* HOM.

124) Breuiter adducto earum fundamento. HOM.

Digitized by Google

§. 120.

Ratione probationis exceptionum peremtoriarum, ita ſentiendum:

1. *peremtoriae, quae tamquam litis ingreſſum impedientes opponuntur, ſtatim liquidae reddi debent,*
2. *peremtoriae in ſpecie ſic dictae*, vel
   a. ſi affirmatiua ſit litis conteſtatio, *in probatione*, vel
   b. ſi negatiua, aut mixta, *in reprobatione deducuntur.*

§. 121.

In cauſis tamen ſummario proceſſu pertractandis, ſtatim earum demonſtratio adiici poteſt 125).

COM-

125) In Saxonia exceptiones in proceſſu ſummario ſint in continenti liquidae neceſſe eſt. Vid ORD. PROC. REC. *App.* §. 8. & MANDAT. *de cauſis minutis de anno* 1753. §. 5. HOM.

Digitized by Google

COMMENTATIO SPECIALIS
DE
ACTIONIBVS FORENSIBVS.

§. 1.

In hac ſpeciali pertractatione, omiſſis actionibus ex delictis 126), aliisque non frequentibus, actiones
1. reales,
2. perſonales,
3. mixtas,
4. in rem ſcriptas,
5. praeiudiciales expoſiturus ſum.

§. 2.

Singularum actionum tractatio his capitibus innititur,
1. *qualis ſit actio?*
2. *cui detur?*
3. *aduerſus quem?*
4. *ad quid tendat?*
5. *quae fundamenta ſunt?* & *quid?* ac *quo modo probandum?*
6. *competentia iudicis*,
7. *quamdiu duret?*
8. *an ad heredes transeat?*
9. *quae exceptiones opponi queant.* Tandem
10. *forma libelli additur* 127).

SECTIO

126) Quippe quae tamquam actiones perſonales, ad exemplum ceterarum perſonalium actionum, facile diiudicari poſſunt. MAD.

127) Vtque inde maior vtilitas percipiatur, addenda eſt 11. tractatio de litis conteſtatione a reo legitima ratione facienda, vt & de replica & duplica atque 12. de officio iudicis in interlocutione ferenda, in ſpecie, qua ratione in probatione aut reprobatione dirigenda procedere debeat. MAD.

Digitized by Google

SECTIO I.

DE

ACTIONIBVS REALIBVS.

CAP. I.

DE ACTIONE REALI IN GENERE.

§. 1.

Omnes actiones reales vno nomine generaliori vocantur *vindicationes*, vti perſonales dicuntur *condictiones*, *ſ*. 15. *Inſt. de action. L.* 25. *ff. de oblig. & act.* Cauſam denominationis vid. in OTTONIS *Comment. ad Inſt. ad d. ſ*.

§. 2.

Quod ſi itaque verbum vindicationis in LL. occurrat, explicandum hoc eſt ex ſubſtrata materia, qua intelligitur, quae actio realis eo nomine veniat. Sic in *L.* 16. §. 3. *ff. de pignor. & hypoth.* vindicatio pignoris, de *actione hypothecaria* dicitur.

In *L.* 3. *pr. eod.* vindicare hereditatem, *hereditatis petitionem* ſignificat.

In *L. vn. ſ*. 4. *ff. de remiſſ.* vindicare ſeruitutem, *de actione confeſſoria* ſumitur.

§. 3.

Actiones reales dantur illi, *cui ius in re eſt conſtitutum* 128).

§. 4.

Hinc in omnibus actionibus realibus curate exprimatur:

128) Ex promiſſo tantum deſcendit actio perſonalis ſcil. condictio ex moribus. HOM.

Digitized by Google

1. *cui ius in re ſit conſtitutum*, an *rei* vel *perſonae* 129),

2. *res accurate deſignetur, in qua ius in re conſtitutum*, *L. 6. ff. de R. V.*

§. 5.

Actiones reales dantur contra tertium quemuis poſſeſſorem, verum & fictum, *L. 25. ff. de obl. & act. ſ. 1. Inſt. de act.*

§. 6.

Finis actionum realium tendit *ad ius in re declarandum, reliquaque, quae ex natura huius iuris dimanant.*

§. 7.

Duo omnis actionis realis in genere conſideranda ſunt fundamenta:

1. ratione actoris, *ius in re conſtitutum*,

2. ratione rei, *poſſeſſio.*

§. 8.

In priori agendi fundamento actor potiſſimum titulum & modum probare debet, niſi vel lege, aut conſuetudine notoria hoc ius in re ſit conſtitutum 130).

§. 9.

129) Siue potius, an ſoli actoris perſonae competat, ſine reſpectu ad rem aliquam determinatam, quam poſſidere debet, an vero actori competat propter poſſeſſionem alicuius rei immobilis, cum qua poſſeſſione hoc ius in re connexum ſit. MAD.

130) Actor vel ſeſe fundat in iure reali adquiſito, vel ab ipſa lege ſibi conſtituto. Priori in caſu titulum atque modum negante reo probare debet, poſteriori vero non quidem ipſius iuris realis ſibi competentis, ſed eius hypotheſeos probationem ſuſcipere debet, in qua diſpoſitio legis ſiue ſcriptae ſiue non ſcriptae ius in re illi tribuit. MAD.

Digitized by Google

§. 9.

Poſſeſſionem probaturus, vel *naturalem poſſeſſionem* [131], vel *actum*, *poſſeſſionem*, aut veram aut fictam, *commonſtrantem*, *probare debet.*

§. 10.

Actio realis, vel in foro domicilii, vel rei ſitae inſtituitur.

§. 11.

Perpetuae ſunt actiones reales, *L.3. C. de praeſcript. 30 vel 40 annor.* niſi res ipſa forſan, circa quam ius in re competit, breuiori tempore vſucapta, vel iuri praeſcriptum ſit, *L.35. ff. de oblig. & act.* [132])

§. 12.

Tranſeunt ad heredes actoris [133]), ad heredes rei non, niſi quatenus poſſident.

§. 13.

Ordinem ſequar in actionibus realibus explanandis ſpecierum iuris in re. Inde ſequenti ratione progrediar,

I. EX DOMINIO,
- a. *ex vero Dominio,*
  rei vindicationem,
- b. *ex ficto Dominio,*
  Publicianam,
  reſciſſoriam,
  Paullianam.

 II.

131) Sed naturalis poſſeſſor ſeſe liberat per nominationem ſiue laudationem auctoris *L. 2. C. vbi in rem act.* de qua ſpeciatim egit Knorre Einleitung zum gerichtl. Proc. 2. B. 3. Hauptſt. Probare debet actor poſſeſſionem rei corporalem, aut actum poſſeſſionem commonſtrantem, aut fictam poſſeſſionem. MAD.

132) Actiones reales lapſu illius temporis extinguuntur, per cuius lapſum ipſi iuri, ex quo actio oritur praeſcribitur, adeoque redit tota ad praeſcriptionem extinctiuam. MAD.

133) Nempe quoad illud tempus, quod defuncto adhuc competebat, ad eas actiones inſtituendas. MAD.

II. EX IVRE SERVITVTIS,

a) *actionem confeſſoriam*, cui opponitur *actio negatoria* 134),

atque ſeruitutibus aliquando deſeruientem,

b) *noui operis nunciationem.*

III. EX IVRE HEREDITARIO 135),

1. *hereditatis petitionem*, ſiue totius hereditatis, ſiue partis hereditariae,
2. *familiae erciſcundae actionem,*
3. *querelam nullitatis,*
4. *querelam inofficioſi teſtamenti,*
5. *remedium L. f. C. de Edict. Diu. Hadr. tollendo.*

IV. EX IVRE PIGNORIS,

actionem in factum ex interdicto Saluiano, & *actionem hypothecariam.*

V. EX IVRE POSSESSIONIS 136),

actiones in factum ex interdictis, atque *actiones* potiſſimum *in poſſeſſorio*, *ſummariiſſimo* & *ordinario*

perueſtigaturus.

SECTIO

134) Conf. F. A. HOMELII diſp. *qua omnem actionem confeſſoriam ex ſeruitute, negatiuam ex libertate eſſe probat.* H.

135) Eas tamen non in tractatione de actionibus realibus, ſed in Sectione III. explicauit, licet melius priorem locum occuparent. MAD.

136) Auctor perperam ius poſſeſſionis ad iura realia retulit, quod hodie nemo amplius defendit. In retinenda enim poſſeſſione etiam malae fidei poſſeſſor, immo fur raptorque effectus poſſeſſionis, ſiue iura poſſeſſionis habet, licet nullum reuera habeat ius poſſidendi, multo minus ius in re poſſidendi. Addenda eſſet *actio realis ex iure dotium*, quum ſecundum veriorem theoriam maritus dominium in re dotali non habeat, niſi venditionis gratia aeſtimatae ſint & maritus iam elegerit, & *actio realis emphyteuticaria*, quum & emphyteutae non niſi ius reale competat in re aliena, nullum autem dominium ſic dictum vtile, & de iure Germanico *actio ex retractu*, *actio ex iure villicali*, *actio ex feudo vindicatoria* etc. MAD.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

DE

ACTIONIBVS REALIBVS IN SPECIE.

MEMBRVM I.

DE REI VINDICATIONE.

§. 1.

Rei vindicatio eſt actio ciuilis realis, quae datur domino rei corporalis & ſingularis, aduerſus quemcunque eius poſſeſſorem, ad rem cum omni cauſa reſtituendam 137). R. V. indoles §. 1-3.

§. 2.

Directa haec actio domino pleno 138), *vtilis* etiam minus plenis vtilibus dominis 139) datur 140).

§. 3.

Competit aduerſus quemuis poſſeſſorem, vel verum, vel fictum. Fictus, ex doloſa vel aſſertione vel deſer-

D 4

137) Pro ſingularibus rebus & vniuerſitates rerum v. g. grex, bibliotheca habentur, *L. 1. §. fin. ff. de R. V.* HOM.

138) Et domino minus pleno directo. HOM.

139) Communis haec quidem eſt doctrina, in diuiſione dominii pleni & minus pleni fundata, ſed quum a nobis nondum impetrare poſſimus, vt eam diuiſionem adgnoſcamus, ne dicam, veritatem illius intelligamus, etiam haec diuiſio rei vindicationis in directam & vtilem a nobis negligitur. MAD.

140) Nec non huius actionis ceſſionario, legatario, item pupillo, minori, militi, vxori, eccleſiae, quorum pecunia tutor, curator, maritus & adminiſtrator rem ſuo comparauit nomine. BACH. ad Berger. *Oec. Iur.* pag. 221. & MENKENII *Pand.* h. t. §. 2. HOM.

Digitized by Google

deſertione poſſeſſionis, eſt iudicandus 141), *L. 13. §. 13 ſeq. ff. de hered. pet.*

§. 4.

Finis §. 4. 5. Principalis finis eſt, *vt res cum omni cauſa, ſiue acceſſionibus, reſtituantur* 142), minus principalis,

a. *ad fructus reſtituendos.*

Bonae fidei poſſeſſor ante litis conteſtationem exſtantes 143) tantum, non conſumtos, hodie 144) tamen etiam illos, quatenus locupletior factus; poſt litis conteſtationem, etiam percipiendos.

Male

141) Si aduerſus verum poſſeſſorem inſtituitur, dici poſſet *directa*, ſin contra fictum, *vtilis*. MAD.

142) Melius, vt actor dominus declaretur, & res cum omni cauſa reſtituantur. HOM.

143) Eſt haec communis doctrina, legibus autem incognita, de qua in Prael. Pand. dicendum eſt. Aperte enim in *§. 35. I. de rer. diuiſ. L. 25. §. 1. ff. de vſur. & fruct. L. 48.* pr. *ff. de adquir. rer. dom.* bonae fidei poſſeſſorem fructus per perceptionem ſuos feciſſe dicunt iuris auctores, quibus non obſtat *L. 22.* C. *de R. V.* quum ibi extantes fructus pro pendentibus ſumendos eſſe iam Charondas h. l. ex *L. 27. pr. ff. ff. de vſufr.* (vbi: *nam extantes*, & ſtantes, *fructus ad fructuarium pertinent*) aliique notarunt. Vid. FRATR. diſſ. *de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum immuni.* Hal. 1754. rec. 1771. cui fruſtra oppoſuit IO. NIC. MOECKERT diſſertationem *de b. f. poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum non ſemper immuni.* Ien. 1763. MAD.

144) Quod negamus, quum ex *Hoppio*, quem allegat LVDOVICI *Doctr. ff. tit. de R. V.* §. 5. aliisque hominibus probari nequeat, quod iuris romani diſpoſitio in Germania non obtineat. Fruſtra obmouetur *L. 206. ff. de R. I.* Si enim extenſio huius regulae eo vsque procedere poſſit, vt hoc in caſu aperta diſpoſitio I. R. ceſſare debeat, nae totum corrueret & omne in fumum abiret. MAD.

Digitized by Google

Malae fidei poſſeſſor omnes, exſtantes, conſumtos, perceptos & percipiendos reſtituit 145).

b. *ad damna reſarcienda.*

Bonae fidei poſſeſſor ante litis conteſtationem, damna licet culpa data, haud praeſtat 146). Poſt litis conteſtationem culpam praeſtat, non caſum fortuitum.

Malae fidei poſſeſſor, tam culpa quam caſu data damna, reparare tenetur 147).

145) In Saxonia El. omnis controuerſia de reſtitutione fructuum ſublata eſt in DECIS. REG. II. de an. 1746. cautumque, vt, ſi quis ſententia iudicis fructus perceptos reſtituere iuſſus ſit, eorum aeſtimatio annua, arbitrio certarum iuratorumque taxatorum, ad certam ſummam redigatur, & b. f. poſſeſſor eam aeſtimationem fructuum vltimi anni, m. f. autem poſſeſſor aeſtimationem trium poſtremorum annorum, ante motam litem computandorum, praeſtare cogatur, & denique quilibet poſſeſſor a mota lite, von erhobener Klage an, pro m. f. poſſeſſore habeatur. HOM.

146) *L.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* Nam quatenus eſt b. f. poſſeſſor, putat ſe ſuam rem poſſidere, neque dici poteſt, in re ſua dolum aut culpam committi, adeo vt ſatis inconcinne Cl. PAELICKE *Sect. II. cap. II.* §. *11.* damna dolo aut lata culpa ante *L. C.* data, a b. f. poſſeſſore eſſe reſtituenda contendat. Nihil adiuuant *L.* 2. *C. de in lit. iur. L.* 131. *ff. de R. I. L.* 27. §. 6. (potius §. 2.) *L.* 6. *pr. ff. de R. V.* MAD.

147) Quoniam m. f. poſſ. in perpetua mora eſt. Tamen in mora conſtitutus non praeſtat caſum, ſi res aeque peritura fuiſſet, etſi res reſtituta eſſet, *L.* 14. §. 1. *ff. depoſ.* L. 45. *ff. de obl. & act.* MAD.

Digitized by Google

§. 5.

Fictus poſſeſſor in aeſtimationem rei condemnandus eſt 148); quod non vbique obtinet 149).

§. 6.

eius fundamenta §. 6-12. Fundamenta ſunt:

1. ratione actoris, *dominium conſtitutum*,
2. ratione rei, *poſſeſſio*.

§. 7.

Dominium probaturus tam titulum, quam modum acquirendi dominii, probare tenetur.

§. 8.

148) Vel actor a vero herede rem iam conſecutus eſt, antequam fictum adgreſſus ſit, vel non. Priori in caſu fictus liberatur, quoniam ex dolo alterius nullum ſentit damnum, poſteriori vero vel verus paratus eſt rem reſtituere, priusquam fictus condemnatus ſit, vel non. Si prius, euaneſcit litis aeſtimatio, *L. 13. §. 14. ff. de her. pet.* Sin poſterius, verus non liberatur, etſi a ficto litis aeſtimationem receperit actor, *L. 13. c. L. 5. ff. de R. V.* Quod in foro iterum obtinere negant.

BREVNING diſſ. *an vindicatio rei a ficto poſſeſſore tollat vindicationem a vero*, Lipſ. 1768. Ceterum, ſi dolo deſiit poſſidere actor, in infinitum in litem iurat absque iudicis moderatione, *L. 68. ff. de R. V.* LEYSER *Spec. 99. cor. 3.* MAD.

149) Praeſertim in doloſa aſſertione poſſeſſionis, ſi durante lite verus poſſeſſor ſe immiſcet, *L. 13. ff. de hered. pet.* Quamuis vero actor conſecutus ſit a ficto poſſeſſore pretium, tamen non prohibetur experiri rei vindicatione contra verum poſſeſſorem, quem poſtea cognouit, ad rem ipſam in natura recuperandam, *L. 7. ff. de rei vind.* BERGER. *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. II. th. 34. n. 3.* HOM.

§. 8.

Diſtinguendi autem ſunt caſus acquiſitionis dominii. Si igitur expreſſa voluntate actu inter viuos ſit conſtitutum,

1. *auctoris titulus* ac *modus*,
2. *ipſius actoris titulus* ac *modus*

in probationem venit. Et iure quidem *Saxonico* in DECIS. ELECT. 61. & *Brunſuicenſi* in immobilibus ad modum acquirendi, iudicialis traditio requiritur.

§. 9.

Si expreſſa voluntate, actu autem mortis cauſa conſtitutum dicit actor, tunc

1. *titulum ac modum teſtatoris*,
2. *vltimam voluntatem*, qua ipſi [150] legatum, fideicommiſſum particulare, mortiſue cauſa aliquid relictum eſt, probabit, non vero modum, cum traditio lege ſuppleatur.

§. 10.

Si tacita voluntate per praeſcriptionem comparatum dominium, ex requiſitis praeſcriptionis probandum erit, atque igitur,

1. *ti-*

150) Add. hereditas directa. — Traditio legé quidem non ſuppletur, ſed adquiſitio ex vltima voluntate non requirit traditionem, nec per naturam fieri poteſt. Si vero actor rem vindicat, quae in hereditate fideicommiſſaria ipſi relicta continetur, non tantum haec duo requiſita, ſed etiam 3) reſtitutionem hereditatis ex formula fideicommiſſi ab ipſo herede fiduciario factam probare debet. Denique ſi actor vindicat rem, ſibi a defuncto mortis cauſa donatam, non ſolum probare debet diſpoſitionem vltimae voluntatis, ſed etiam traditionem aut veram aut fictam rei mortis cauſa donatae ab ipſo donante factam. MAD.

Digitized by Google

1. *titulus*,
2. *traditio*,
3. *tempus legitimum*

in probationem veniunt, reliqua requiſita praeſumuntur 151), neque hoc in caſu iur. Sax. iudicialis traditio eſt neceſſaria, DEC. REG. *I. de an. 1746.*

§. 11.

Poſſeſſione negata, pariter actori probatio incumbit, atque vel *corporalis poſſeſſio*, vel *actus*, *poſſeſſionis exercitium demonſtrantes*, probari debent.

§. 12.

Reus per mendacium poſſeſſionem negans, & de eo conuictus, ſtatim poſſeſſione priuatur 152), *L. f. ff. de R. V.* ORD. PROC. SAX. REC. *ad Tit. XVI. §. 3.*

§. 13.

de competentia fori &c. Quod competentiam fori, durationem & tranſitionem ad heredes attinet, generalia de actionibus realibus, ſupra commemorata, applicentur.

§. 14.

Poena vero inficiationis, propter negatam a defuncto poſſeſſionem, contra heredes locum non inuenit; cum poena delinquentium perſonas non egrediatur 153).

§. 15.

151) Scil. b. f. & res vſucapi non prohibita, quae igitur ad exceptiones rei pertinent, a reo probandas. MAD.

152) Non ſolum poſſeſſionem doloſe negare, ſed & in eo perſeuerare atque negans condemnatus eſſe debet. Vid. qui huius diſpoſitionis vſum ſtrenue defendit, C. H. HORN diſſ. *de poena inficiantis poſſeſſionem.* Vit. 1701. rec. 1746. MAD.

153) Sic etiam heredes ficti poſſeſſoris actione in factum ex *L. 52. ff. de R. V.* non, niſi quatenus locupletiores dici poſſunt, tenentur. MAD.

§. 15.

Exceptiones ſequentes opponi poterunt: except. oppon.

1. *deficientis auctoris dominii,*
2. *deficientis iuſti tituli,*
3. *deficientis traditionis iudicialis*, iure Saxon. & Brunſuic. in immobilibus,
4. *praeſcriptionis interruptae,*
5. *rei iudicatae,*
6. *dominii reo competentis,*
7. *rei venditae & traditae,*
8. *rei iam vſucaptae,*
9. *doli mali generalis,*
10. *fructuum vſucaptorum* 154), *conſumtorum* 155).

Forma

154) Siue potius exceptio fructuum perceptorum, ſecundum ea, quae ad §. 4. diximus. MAD.

155) Opponi poſſunt quoque exceptiones

11. *vltimae voluntatis inualidae,*
12. *transactionis,*
13. *rei caſu amiſſae,*
14. *nominationis auctoris*, de qua in Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. *Tit. XIV.* §. 3.
15. *pretii prius ſoluendi*, cum id in vtilitatem actoris verſum eſt, vel ſi res alioqui peritura fuiſſet, veluti ſi ab hoſte redemta, & emtor, ſe domini nomine redimere penes iudicem declarauerit. De quibus in Sax. DECIS. EL. 90.
16. *expenſarum neceſſariarum & vtilium erogatarum nondum reſtitutarum.* HOM.

Digitized by Google

Forma libelli.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Beklagter einen goldenen Becher, auf deſſen einer Seite Klägers Familien-Wapen, ſo einen wilden Mann zum Sinnbilde hat, nebſt der Jahrzahl 1736. und auf der andern Seite ein Bergwerk von erhabener Arbeit vorgebildet iſt, mit der Ueberſchrift: Glückauf Steiger! welcher Klägern eigenthümlich zuſtehet, beſitzet, und ſolchen an Klägern zu extradiren ſich verweigert. Dahero Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert Einlaſſung und Antwort, (auch Exhibition des Bechers, ſo Beklagter beſitzet,) und bittet nach deren Erfolg zu erkennen:

Daß Beklagter den libellirten Becher Klägern auszuantworten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.
MEMBRVM II.
DE ACTIONE PVBLICIANA.

§. 1.

PVBLICIANA ACTIO 156) eſt *praetoria realis, quae datur illi, qui rem non vitioſam, a non domino, bona fide & iuſto titulo accepit, eamque caſu amiſit, aduerſus infirmiori iure poſſidentem, ad rem nondum vſucaptam tamquam vſucaptam cum omni cauſa reſtituendam* 157). Action. Public. indoles §. 1-4.

§. 2.

DIRECTA datur *ei*, *qui in vſucapiendi conſtitutus fuit conditione*, vt ſi rem legitimo adhuc tem-

156) Publiciana actio quoad effectum quidem realis eſt, proprie autem non ex iure reali, ſed tantum ex bonae fidei poſſeſſione, ſiue ex poſſeſſione, quae requiritur ad conditionem vſucapiendi, oritur. Datur itaque illi, qui in conditione vſucapiendi conſtitutus eſt, rei autem inuitus amiſit poſſeſſionem, aduerſus infirmiori iure poſſidentem, ad rem cum omni cauſa conſequendam. Vulgo pro fundamento h. act. fictum dominium venditatur, de quo ad §. *6*. Ill. autem HEISLERVS in diſſ. *de rei nunquam poſſeſſae per actionem Publicianam vindicatione* Hal. 1751. propterea, quod etiam iis, qui non poſſederint, haec actio tribuatur, ſubſtituit praeſumtum dominium. Sed non ſolum ratio obmota ceſſat, vid. not. ad §. 7. ſed etiam premit ſententiam V. Ill. quod iis etiam detur, quibus nullum dominium, neque praeſumtum tribuendum eſt, quum & ipſi ſibi non tribuant v. c. in vſufructu etc. MAD.

157) De autore, origine & fundamento huius actionis vid. HEINECCII *Pand. Part. I. §. 523.* * & *P. II. §. 91.* HOM.

tempore poſſediſſet, vere vſucapere potuiſſet, §. 4. *Inſt. de act.*

VTILI actione etiam ipſi domini experiuntur 158), tamquam fictos dominos ſe tantum gerentes 159).

§. 3.

Competit *contra infirmiori iure poſſidentem*, qui ſcil. nullo iuſto titulo poſſidet, & in mala fide eſt.

§. 4.

Ergo contra aeque firmo iure poſſidentem non datur, multo minus contra ipſum dominum, niſi in caſu *L. 4. §. 32. ff. de doli mali exc.* 160)

§. 5.

158) Qui probationem dominii oneroſam euitare volunt, ſeque tantum fundant in conditione vſucapiendi. Sed ſi de dominio vere conſtaret, ſuperflua haec eſſet actio, indeque non dici poteſt etiam dominis dari, de quorum dominio in iudicio iam conſtat. Et in ſubſidium quoque a praetore inuenta in eorum commodum, qui dominii probationem ſuſcipere non audent, aut non poſſunt. Vtilem igitur potius diceremus, ſi ab eo inſtituitur, qui conditionem vſucapiendi alius iuris realis quam dominii ſibi tribuit, *L. 11. §. 1. L. 12. §. 3. ff. h. t.* quo iure Germanico etiam pertinet b. f. poſſeſſor iuris bannarii, vaſallus etc. MAD.

159) Ad probationis difficultatem vitandam. Quare haec actio cum rei vindicatione vno libello ſaepe cumulatur. Formula Practicis vſitata eſt: iure dominii vel quaſi. BERGER. *in Oec Iur. Lib. II. Tit. II. 34. n. 14.* HOM.

160) Si tempore negotii initi dominus non fuerit, poſt traditionem autem factam dominus factus eſt, iterumque poſſeſſionem rei alteri traditae infirmiori iure adquiſiuerit, indeque illam animo rem ſibi propriam habendi poſſedit. MAD.

Add. hoc loc. *L. 28. ff. de noxal. act. L. 18. §. 15. ff. de damno infect.* Plura vid. in H. FR. SCHORCHII diſp. *de actione publiciana aduerſus ipſum dominum competente.* HOM.

Digitized by Google

§. 5.

Finis huius actionis idem eſt, qui in rei vindicatione [161]. Finis.

§. 6.

Duo huius actionis ſunt fundamenta: De fundament. §. 6-8.

1. ratione actoris, *fictum dominium, ex ficta vſucapione oriens* [162].

2. ratione rei, *poſſeſſio infirmiori iure.*

§. 7.

161) Ita enim VLPIANVS *L.* 7. §. 8. *h. t. In publiciana actione* OMNIA *eadem erunt, quae & in rei vindicatione diximus.* Ad effectus hoc *omnia* pertinet, non ad actionis naturam & indolem. MAD.

Dicatur de differentiis rei vindicationis & publicianae actionis, praeſertim, qua ratione haec ad res incorporales quoque extenſa, *L.* 11. §. 1. *ff. de public. in rem act.* HOM.

162) Quae quidem communis eſt opinio, quid, quod ipſe TRIBONIANUS §. 3. *I. de act.* hanc fictam vſucapionem adſumſiſſe videtur verbis: *plerumque praetor permittit in rem agere, vt vel actor dicat, ſe quaſi vſucepiſſe quod non vſuceperit* — & §. 4. — *inuenta eſt a praetore actio, in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe vſucepiſſe, quam vſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe.* Quantacunque ſit TRIBONIANI auctoritas in his rebus antiquis, auctoritatem ipſorum ICtorum, quorum ex fragmentis LL. Pand. enatae ſunt, ſuperare nequit. Apud hos autem nullum plane veſtigium huius fictae vſucapionis perfectae & inde orientis ficti dominii reperitur, quin abſurdum foret, eam non dari, niſi contra infirmiori iure poſſidentem. Qui enim prius dominium licet ficte adquiſiuiſſet, etiam potior de iure habendus eſſet. Et praetor tantum edicit: *ſi quis id, quod traditur ex iuſta cauſa, non a domino & nondum vſucaptum petet, iudicium dabo.* Fruſtra igitur fictum dominium defendit GE. FR. KRAVSE Diſſ. *de indole actionis publicianae.* Vit. 1749. illudque non omiſit ANT. DAV. ALTESERRA in tract. V. *de fictionibus iuris* (Pariſ. 1659.) p. 132. MAD.

§. 7.

Primum requiſitum probaturus, probabit

1. iuſtum titulum,

2. traditionem factam 163).

Bona fides, & res non vitioſa praeſumuntur; legitimum tempus fingitur a praetore.

§. 8.

Alterum requiſitum probatur per poſſeſſoris malam fidem & iniuſtum titulum.

§. 9.

163) Si ſcil. ex propria ſua poſſeſſione deriuatiua conditionem vſucapiendi deriuat. Si autem ex poſſeſſione defuncti, cui publiciana competebat, eam tamquam heres adquiſiuit, non opus eſt, vt poſſederit ipſe, *L. 12. §. 1. ff. h. t.* vid. KRAVSE cit diſſ. §. 10. Expreſſe enim ait VLP. *L. 7. §. 9. h. t. Haec actio & heredi & honorariis ſucceſſoribus competit.* MAD.

In Saxonia vi DECIS. REG. 1. de ao. 1746. haec actio competit, licet rei immobilis traditio iudicialis actori facta non ſit, modo probet, praedium a ſe bona fide & iuſto titulo poſſeſſum.

Circa quae requiſita duae obueniunt iuris controverſiae. Primo, an actoris bona fides ſit perpetua, quod negant LVDOVICI *in Pand. L. VI. Tit. II. §. 4.* HEINECC. *in Pand. Part. II. §. 93.* *. BERGER *in Oec. Iur. loc. cit. n. 13.* Affirmat KRAUS. in laud. Diſſ. §. 18.

Deinde, num ſufficiat titulus pro herede, quamvis defuncti titulus ſpecialis non ab actore probetur, & heres poſſeſſionem rei nondum nactus ſit ex hereditate. Aientibus accedunt BERGER *in Oec. Iur. loc. cit. n. 15.* & Ill. PH. IAC. HEISLER. in cit. Diſſ. *de rei nunquam poſſeſſae per actionem publicianam vindicatione.* Negantibus ICti Vitembergenſes, WERNHER. *Part. II. Obſ. 399.* & Suppl. ac laudatus KRAUS. in cit. Diſſ.

HOM.

Digitized by Google

§. 9.

Quod competentiam iudicis, durationem & tranſitionem ad heredes attinet, generalia de actionibus realibus adplicanda ſunt. De compet. fori &c.

§. 10.

Sequentes exceptiones opponi poſſunt: Exceptiones oppon.

1. *deficientis iuſti tituli,*
2. *malae fidei,*
3. *rei vitioſae* 164),
4. *rei nondum traditae* 165),
5. *poſſeſſionis iuſtae* 166),
6. *dominii competentis,*
7. *renunciationis.*

164) In quibus enim rebus vſucapio non procedit, in iis etiam publiciana non datur, VLP. *in L. 9. §. 5. h. t. Haec actio in his, quae vſucapi non poſſunt — locum non habet.* Sic neque in rebus alienari prohibitis, *L. 12. §. 4. h. t.* Nec obſtat, quod idem PAVLVS *L. 12. §. 2.* dicat: *In vectigalibus & in aliis praediis, quae vſucapi non poſſunt, publiciana competit, ſi forte bona fide mihi tradita ſunt.* Nam praedia emphyteuticaria & vectigalia, conductis tunc temporis vt plurimum adſcripta, vſucapionem reſpuunt, non autem, ſi emtor bona fide poſſeſſionem eorum *ciuilem* nactus eſt. MAD.

165) *Ceterum* VLP. *L. 7. ſ. 16. h. t.* inquit, *ante traditionem, quamuis b. f. quis emtor ſit, experiri publiciana non poterit.* Et ſecundum not. 163. etiam locum habet exc. rei defuncto nondum traditae. MAD.

166) Scil. poſſeſſionis ratione rei & titulatae & qualificatae, adeoque aequalis conditionis vſucapiendi, in qua potior eſt conditio poſſidentis. MAD.

Forma Libelli.

Kläger bringet klagend an, welchergeſtalt er vom Caio ein Diamanten-Kreutz mit Rauten, worinnen 10 große und 20 kleine Rauten gefaſſet, vor 100 Rthlr. gekauft und tradirt bekommen, auch ſolches länger als ein halb Jahr iure dominii vel quaſi beſeſſen. Nachdem aber Klägern ſolches von abhanden kommen, und Beklagter ſolches beſitzet, auch ohnerachtet er weder iuſtum titulum, noch ſonſt einiges Recht daran hat, es in Güte herauszugeben ſich verweigert: Als iſt Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert rc.

Daß Beklagter das *libellirte* Diamanten-Kreutz Klägern auszuantworten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM III.

DE ACTIONE RESCISSORIA.

§. 1.

Rescissoria actio eſt realis praetoria 167), *quae datur laeſo, ob abſentiam aduerſarii quamuis, ſuam vero laudabilem, aut vituperabilem neceſſariam, indifferentem, aliamue iuſtam cauſam. aduerſus quemuis poſſeſſorem, ad rem vſucaptam tamquam non vſucaptam, cum omni cauſa reſtituendam.* De indole A. R. §. 1-17.

167) Quod hanc actionem realem dixerit auct. in eaque rem non vſucaptam fingi, quae tamen vſucapta eſſet, ſecutus videtur TRIBONIANVM, qui §. 3. *I. de act. Ecce*, inquit, *plerumque ita permittitur in rem agere vt — vel poſſeſſor diceret aduerſarium ſuum non vſucepiſſe, quod vſuceperit.* Intelligendus autem eſt TRIB. de ea actione, quae realis eſt, quod non ſemper eſt, (§. 3.) in eaque actorem dicere poſſe, aduerſarium ſuum non vſucepiſſe, quod vſuceperit, quoniam haec ipſa vſucapio reſcindenda ſit. Et ſic actio reſciſſoria ea eſt actio, quae poſt reſciſſam praeſcriptionem, qua ſecundum regulam vſucapionis aut praeſcriptonis ea erat extincta, iterum reuiuiſcit. Remedium, quo impedimentum, quod noſtrae actioni inſtituendae obſtat, e medio tollere intendimus, recte dicendum eſt *remedium reſcindens*, ea autem actio, quae nunc reſciſſo eo, quod noſtram actionem impediebat, iterum nobis competit, *reſciſſoria* dicitur. Quum autem hodie remedium reſcindens & reſciſſorium in vno libello cumulari ſoleat, effectum inde eſt, quod auct. actionem reſciſſoriam tamquam peculiarem actionem tractauerit. MAD.

Digitized by Google

§. 2.

Hac actione illis tantum opus eſt, *qui ob impedimenta facti laeſi ſunt per praeſcriptionem;* nam in impedimentis iuris hoc auxilium non datur, cum illis nec iure ciuili currat praeſcriptio 168).

§. 3.

Haec actio aliquando perſonalis eſt 169), & huc non pertinet, ſi ſcilicet ob abſentiam iuri perſonali tantum praeſcriptum ſit.

§. 4.

Datur laeſo per praeſcriptionem

1. *ob abſentiam,*
2. *ob aliam iuſtam cauſam.*

§. 5.

Laeſus ille dicitur, *qui* vel, *quod habuit, amiſit,* vel, *quod adquirere potuiſſet, omiſit.*

§. 6.

Primo de abſentia eſt agendum. Intelligitur autem extraordinaria, non ordinaria abſentia 170). Tres ſunt caſus in reſtitutione ob abſentiam:

1. *ſi*

168) Ob regulam: agere non valenti non currit praeſcriptio, *L. 1. §. 2. C. de annal. except.* MAD.

[169) Ita enim VLPIANVS in *L. 9. §. 4. quod met. Volenti autem datur & in rem actio & in perſonam reſciſſa acceptilatione vel alia liberatione. L. 18. C. de poſtlim. reuerſ.* MAD.

170) Etiam abſentiam ordinariam aliquando reſtitutionem in integrum operari LEYSERVS quidem *Sp. 63. Med. 7.* contendit, ſi eiusmodi abſens ſine ſua culpa graue damnum ſentit, aut quid omiſit, ſed in data ſpecie potius eſſet reſtitutio ex clauſula praet. generali, non propter abſentiam. MAD.

Sic in Saxonia hi abſentes creditores in concurſu creditorum, ſi in termino liquidationis praefixo non com-

Digitized by Google

1. *ſi praeſens contra abſentem,*
2. *ſi abſens contra praeſentem,*
3. *ſi abſens contra abſentem reſtitutionem petat.*

§. 7.

Si *praeſens contra abſentem* reſtitutionem petat, eadem datur, qualiſcunque ſit abſentia, modo abſens non reliquerit procuratorem; hoc enim caſu, culpa ei, cuius res vſucapitur, poſſet imputari, quod contra procuratorem non egerit 171).

§. 8.

Iure Codicis aliud remedium in *L. 2. C. de annal. except.* eſt introductum, *quo currens adhuc praeſcriptio, proteſtatione apud competentem* 172) *iudicem interpoſita, interrumpitur.*

§. 9.

Proteſtatio haec ſequenti forma excipi poteſt.

P. P.

Ew. Hochwohlgebl. Excellenz, Hochwohlgebl. und Hochedelgebl. Herrn, werde vorzuſtellen

 ge-

comparent, non praecluduntur, ſed adhuc a termino liquidationis intra annum cum liquidatione crediti admittuntur, niſi intra hoc tempus ſententia deſignationis in rem iudicatam tranſierit, vi RESCRIPT. REG. de ao. 1733. HOM.

171) Vid. *L. 21. pr. & §. 1. ex quib. cauſ. mai. 25 ann.* MAD.

172) IVSTINIANVS d. *L.* 2. iubet ante omnia Praeſidem prouinciae adire, & ſi hic abfuerit, Epiſcopum vel defenſorem ciuitatis, hisce autem abſentibus, proponere publice, vbi abſens domicilium habet, cum tabulariorum ſubſcriptione, eo autem deficiente, cum trium teſtium ſubſcriptione. Et ideo etiam apud incompetentem iudicem fieri poſſe defendere licet, cui accedit analogia in proteſtatione contra lapſum biennii. MAD.

Digitized by Google

genöthiget, welchergeſtalt ich vom Sempronio gegen ein Pfand von einer goldenen Repetir-Uhr mit 12 Rauten beſetzet, 100 Rthlr. erborget; Nachdem aber gedachter Sempronius verſtorben, und ich von deſſelben hinterlaſſenen Erben Gregorio bey Wiederbezahlung des erwehnten Darlehns an 100 Rthlr. ſothanes Pfand wiedergefordert, habe erfahren müſſen, daß derſelbe die Uhr an Herrn Stichum, als Sächſiſchen Major bey dem Graubinder-Regiment, verkaufet. Wenn ich denn des Eigenthums mich an gedachter Uhr zu begeben nicht gemeinet, mir aber, in Anſehung, daß gedachter Herr Major Stichus in Campagne gegangen, und ſeiner Affairen halber nicht zulänglich Vollmacht hinterlaſſen, ich auch nicht wiſſen kann, wo er ſich gegenwärtig aufhalte, die Verjährungszeit zu befürchten iſt; Als will hierdurch nach Maßgebung des L. 2. C. de annal. except. wider Ablauf ſothaner Praeſcription feyerlichſt proteſtiren, und mir mein daran zuſtehendes Eigenthum & quaevis iura competentia per expreſſum vorbehalten; Es ergehet demnach an Ew. ꝛc. mein gehorſamſtes Bitten, gegenwärtige Proteſtation ad Protollum zu nehmen, und mir darüber einen Recognition-Schein hochgeneigt ausſtellen zu laſſen, verharrend

Ew. ꝛc.

Leipz. dat. & an. gehorſamſter

C. Io. Ulpianus. Cuiacius.

§. 10.

In atteſtato iudicis exprimendum eſt,

1. *quis proteſtatus ſit,*
2. *contra quem,*
3. *ex qua cauſa,*
4. *quando,*
5. *coram quo.*

Formu-

Formula des Recognition-Scheins.

Nachdem Cuiacius allhier unter N. N. a. c. wider Herrn Stichum, Major bey dem Graubinder-Regimente, ein Proteſtation-Schreiben, wegen einer ihm eigenthümlich zuſtehenden goldenen Uhr mit 12 Rauten beſetzet, ſo gedachter Herr Stichus, welcher abweſend iſt, beſitzen ſoll, ad effectum interrumpendae praeſcriptionis, übergeben, und ſolches ad Protocollum gebracht worden; Als wird ihm hierüber gegenwärtiger Recognition-Schein ertheilet. Geben

d. & a. Ober-Hoff-Richter
und
Beyſitzer.

§. 11.

Hoc remedium tamen *L. 2. C. de annal. except.* reſtitutionem praetoriam ex capite abſentiae non ſuſtulit 173); ſed eſt potius in arbitrio conſtitutum, num hoc modo interrumpere praeſcriptionem aut, hoc omiſſo, reſtitutionem petere velit. Vide de hoc argumento D. HARTMANNI Hamburg. *epiſt. gratul.* 174) ex collegio meo diſputatorio ad WINCKLERVM pro gradu diſputantem exaratam, vbi omne punctum huius controuerſiae ſcite diſcuſſum intelligis.

173) Rectiſſime. Nam perfectius remedium non per ſe tollit anterius, nec ea ſententia fuit IVSTINIANI, quia potius generatim adiecit: *omnibus aliis, quae de longi temporis praeſcriptione conſtituta ſunt, ſiue ab antiquis legum conditoribus ſiue a noſtra maieſtate, in ſuo robore duraturis.* Idem aſſerit COCCEII *I. C. Lib. IV. tit. 6. qu. 1.* SCHVLTING. *Enarr. pr. P. Dig. t. c.* §. 7. Contrarium defendunt STRYCK *Vſ. mod. L. IV. tit. 6.* §. *1.* LVDOVICI *Doctr. Pand. t. c.* HELLFELDT *I. F.* §. *469.* & alii. MAD.

174) CHR. HARTMANN epiſt. gratulat. *de L. 2. C. de ann. except. actionem reſciſſoriam non tollente.* Lipſ. 1744. MAD.

§. 12.

Si *abſens contra praeſentem* reſtitutionem petit, omnis abſentia ſufficit, ſi excipias abſentiam voluntariam vituperabilem, *L. 2. ʃ. 9. ff. ſi quis caut. in iud.* & *L. 26. ʃ. 6. ex quib. cauſ. mai. 25 annis.*

§. 13.

Sequenti tamen ratione limitandum hoc eſt:

1. *ſi abſens reliquit procuratorem, non reſtituitur* 175), niſi procurator non ſit ſoluendo, *L. 26. ʃ. 1. cit.*

2. *ſi non reliquit procuratorem, abſenti*, ob negligentiam in eo conſtituendo, *non ſuccurritur*, *L. 39. ff. eod.* niſi

   a. *inuenire neminem potuerit*, qui procuratoris officium ſuſcipere potuerit, aut

   b. *niſi remiſſa haec negligentia ob curam publicam*, v. g. in abſentia laudabili voluntaria

175) Is, qui reipublicae aut ciuitatis cauſa abeſt, procuratorem relinquere neceſſum non habet. Et de hoc caſu ſicque intellegenda videtur oratio VLPIANI in *L. 26. §. vlt. ex quib. c. m. 25 ann.* — *vt puta legatione quis pro ciuitate functus eſt, aequiſſimum eſt, eum reſtitui, licet reipublicae cauſa non abſit, & ſaepiſſime conſtitutum eſt, adiuuari eum debere, ſiue habuit procuratorem, ſiue non.* Si vero procuratorem reliquerit, quamuis ad eum relinquendum non tenetur, non reſtituitur, *L. 39. eod.* vbi PAVLVS: *is, qui reipublicae cauſa afuturus erat, ſi procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens reſtitui non auditur.* Ita hae LL. conciliandae videntur, ex verbis *L. 39.* autem clare adparet, male eam a PET. *de* GREVE *Exercitt. ad P. VI.* (Nouiom. 1660.) p. 157. intelligi de abſente, qui contra reipublicae cauſa abſentem procuratorem relinquentem, in integrum reſtitui cupiat. MAD.

Digitized by Google

ria 176) & neceſſaria, *L. 28.* & *L. 26. §. fin. ff. eod.* aut

c. *ſi praeuidere abſentiam non potuerit*, vt in neceſſaria indifferenti 177).

§. 14.

Tertius caſus eſt, ſi *abſens contra abſentem reſtitutionem petat*, *L. 39. ff. ex quib. cauſ. mai. 25 ann.* 178) Sed hic nihil ſingulare obtinet, modo, quae diſperſim in prioribus caſibus expoſita, in hoc coniungamus.

§. 15.

176) Sola neceſſaria laudabilis liberat a neceſſitate procuratorem conſtituendi. MAD.

177) Etiam in abſentia vituperabili neceſſaria excuſatur, qui nullum reliquit procuratorem, propter anguſtiam temporis, quoniam a poena criminali ad poenam civilem non duci poteſt argumentum. MAD.

178) Sed in *L. all.* nec iota nec veſtigium huius rei deprehenditur. Secundum analogiam vero diſting. vel vterque abſens in vituperabili abſentia fuit, vel non. Pr. in c. nunquam reſtituitur, quia in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis. Poſt. in c. vel abſens, contra quem reſtitutio petitur, procuratorem reliquit, vel non. Si *prius*, vel etiam abſens reſtitutionem poſtulans procuratorem reliquit, vel minus. Illo in caſu denegandа eſt reſtitutio petenti, hoc autem, vel abſens, qui reſtititionem petit, ad conſtituendum procuratorem obligatus erat, vel non. Priori in caſu abſens non reſtituitur, quoniam in culpa verſatur, quod nullus procurator actionem inſtituerit, poſteriori vero omnino reſtituendus eſt. Sin *poſterius*, abſens, qui procuratorem non reliquit, ad eum conſtituendum obligatus eſt, vel non. Hoc in caſu reſtitutio locum habet. Illo autem vel abſens, qui reſtitutionem petit, aeque ad eum relinquendum iuris neceſſitate tenebatur, vel non. Priori in caſu abſenti contra abſentem deneganda eſt, quoniam in pari etiam illicita cauſa melior habetur poſſidens, poſteriori concedenda, quoniam abſens, qui reſtitutionem, petit ſolus verſatur in culpa. MAD.

§. 15.

Praeter abſentiam praetor ex clauſula generali: *ſi quae iuſta cauſa videbitur*, reſtituit, *L. 1. ſ. 1. in fin. ff. ex quib. cauſ. mai. 25 annis.* Caſus vero ſequens regula includit:

> *Quoties laeſo per praeſcriptionem nec dolus, nec culpa imputari poteſt* 179), *toties iuſta reſtitutionis adeſt cauſa* 180).

§. 16.

Quaeritur: *an ignorantia iuris* 181) *reſtitutioni cauſam praebeat?* De qua controuerſia ita ſentias:

1. *in*

179) Exempla ſunt, ſi iudex in citatione emittenda ſine iuſta cauſa denegauit iuſtitiam, & interea res & actio eſt praeſcripta, porro ſi caſus fortuitus praeſcriptionem adiuuit, vt morbus, inundatio, inuaſio hoſtilis, peſtis, ruſticitas cum ſumma ſimplicitate coniuncta. MENCKEN. *Pand. Lib IV. T: VI.* §. 5. HOM.

180) Ex hac clauſula generali iur. rom. reſtituendus erat, qui ciuitatis & municipii cauſa abeſt *L. 26.* §. *vlt.* (v. not. ad ſ. 13.) relegati *L. 26.* §. *1.* fiſci patronus, qui notis ſcribunt acta Praeſidum, medici militum *L. 33.* Legati autem municipiorum in hoc capite ex reſcripto MARCI & COMMODI Impp. militibus & magiſtratibus poſtea aequiparati *L. 8.* Potiſſimum vero & iur. rom. & hodierno haec reſtitutio ex clauſ. Pr. gen. pertinet ad eos, qui actus iudicialis expeditionem abſque dolo & culpa omiſerint, quo caſu hodie poſt ſententiam praecluſoriam *breui manu* in integrum reſtitui dicitur contumax, vt eiusmodi reſtitutio a remedio deuolutiuo reſtitutionis ordinario diſtinguatur. MAD.

181) Ignorantia iuris reſtitutioni cauſam praebere nequit, quoniam ea ſemper nocet, exceptis iis, quibus ius ignorare licet, adeoque nemo, qui dicit, ſe ignoraſſe, hoc illudue ius intra hoc illudue tempus extingui, ex hac ignorantia reſtitui poteſt. *L. 4.*

Digitized by Google

1. *in praeſcriptionibus temporalibus*, ſcil. quae non ſunt longi aut longiſſimi temporis, *iuſta & probabilis ignorantia reſtitutionem parit* 182). Vid. exempla *L. 2. ff. de in integr. reſtit. L. 15. §. 5. ff. quod vi aut clam. L. 31. §. 22. & 23. ff. de aedil. ed. L. 8. §. f. ff. de inoff. teſtam.*
2. Iure Sax. idem in his caſibus & in *praeſcriptione annali, ſex ſeptiman. & trium dierum* obtinet.
3. *In praeſcriptione longi vel longiſſimi temporis ignorantia non prodeſt, L. f. in f. C. de praeſcript. vel temp. L. 3. C. in f. de praeſcr. 30 ann.*
4. Iure Sax. idem obtinet in praeſcriptione 31 ann. 6 ſeptim. & 3 dier. *P. 2. Sonſt. El. 9.*

§. 17.

Datur haec actio reſciſſoria aduerſus quemcumque poſſeſſorem 183), qui alias exceptione praeſcriptionis munitus eſt.

§. 18.

L. 4. ff. de iur. & fact. ign. vbi POMPONIVS: *iuris ignorantiam in vſucapione negatur prodeſſe, facti vero ignorantiam prodeſſe conſtat.* In LL. ab auct. citatis ſermo ſolum eſt de iis, qui propter iuſtum errorem, propter ignorantiam in loco remoto aut abſcondito aliquid factum eſſe, aut propter impedimentum, cur redhibitio intra diem facta non ſit, aut propter cauſam iuſtam & magnam contra lapſum quinquennii querelae inofficioſi praefiniti, reſtitutionem poſtulant. Add. *L. 35. ff. de S. P. R. L. 1. §. 9. ff. de itin. act. priu. L. 86. pr. ff. de adquir. hered.* MAD.

182) Quae ignorantia difficulter, vincibilis ſaltem, iureiurando probanda. HOM.

183) Intelligendus eſt *auctor* de ea actione, quae antea iam realis erat, quaeque reſciſſo negotio reuiuiſcit. In genere dicendum eſſet, *contra eum competit*, contra quem ante impedimentum, & hoc in caſu ante vſucapionem aut praeſcriptionem extinctiuam dabatur. MAD.

Digitized by Google

§. 18.

Finis. Tendit 184)

1. *ad reſciſſionem vſucapionis,*

2. *ad reſtitutionem rei, vel iuris, cum acceſſionibus & fructibus.*

§. 19.

Fund. A. R. Fundamentum 185) eſt reſtitutio in integrum & fictum a praetore retentum ius, quod praeſcriptione exſtinctum erat. Requiritur ergo:

1. *ius actoris laeſum, ſi nempe* vel *amiſerit, quod habuit,* vel *omiſit, quod acquirere potuit,*

2. *iuſta reſtitutionis cauſa,*

3. *quod reus rem poſſideat.*

Et haec quidem requiſita, negante reo, omnia ſunt probanda.

§. 20.

Forum. Competens iudex, ſi actio realis conſideratur, tam rei ſitae, quam domicilii iudex. Quatenus vero eſt perſonalis, forum rei ſitae ceſſat.

§. 21.

184) Quum hodie actio reſciſſoria cum reſtitutionis in integrum petitione cumuletur, 1) finis ratione huius petitionis non eſſe poteſt, niſi vt id, quod noſtram actionem impedit aut extinxit, reſcindatur, 2) ratione actionis iam nunc renatae finis eſt, qui erat huius actionis, quique pro diuerſitate actionis redintegratae differre poteſt. MAD.

185) Fundamenta huius actionis duplicis ſiue cumulatae, 1) ratione remedii reſcindentis eſt iuſta reſciſſionis, eius impedimenti, quod noſtrae actioni obſtaret, cauſa, 2) ratione remedii reſciſſorii fundamentum iterum differt pro diuerſitate actionis inſtituendae, adeoque aut fundamentum actionis, realis aut perſonalis renatae. MAD.

Digitized by Google

§. 21.

Durat per quadriennium, *L. f. C. de tempor. in integr. reſtit.* atque hoc tempus *ratione initii* eſt vtile, vnde non currit, niſi a tempore ſublati impedimenti, *ratione curſus* vero eſt continuum, *L. vlt. ſ. 1. C. cit.* 186) Quamdiu duret?

§. 22.

Ad heredes ita tranſit, vti aliae actiones reales 187).

§. 23.

Exceptiones ſequentes conſiderabuntur 188), Exceptiones oppon.

1. *deficientis laeſionis,*
2. *deficientis iuſtae cauſae,*
3. *abſentiae voluntariae vituperabilis,*
4. *procuratoris ex negligentia non conſtituti,*
5. *ſcienter inhabilis procuratoris electi,*
6. *praeſcriptionis validae,*
7. *praeterlapſi quadriennii.*

Forma Libelli.

Klaget kürzlich, wasmaßen er über 36 Jahr in der Türkey gefangen gehalten worden, und mitlerweile Klägers leiblicher Bruder N. N. mit Tode abgegangen, deſſen Erbſchaft Klägern als näheſtem Erben ab inteſtato zugefallen. Nachdem aber Beklagter, als des obgedachten Erblaſſers Bruders Enkel

186) Ita tamen, vt ſufficiat, eam actionem intra quadriennium in iudicium deduci, & ſuper ea litem conteſtari, ita actio redditur perpetua. BERGER *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. II. th. 34. n. 78.* HOM.

187) Potius generatim, vt aliae actiones. MAD.

188) Scimus, auctorem tantum loqui de actione reſciſſoria reali, ex reſciſſa vſucapione propter abſentiam iterum prodeunte. Alias generatim omnes exceptiones locum habent, quae actori opponi poſſunt, ſi eam actionem cum reſciſſionis remedio non cumulaſſet. MAD.

Digitized by Google

Enkel ſich inzwiſchen der Erbſchaft angemaßet, auch annoch beſitzet, derſelbe aber nach Klägers Zurückkunft aus der Gefangenſchaft ſothane Erbſchaft, unter dem Vorwand einer Verjährung, an Klägern abzutreten ſich verweigert, dieſe Verjährung aber in Erwägung Klägers Abweſenheit, nach welcher demſelben das beneficium reſtitutionis in integrum zu ſtatten kommt, denen Rechten nach nicht beſtehen kann. Als iſt Kläger zu klagen genöthiget worden; fordert ꝛc.

Daß die vorgeſchützte Verjährung, denen Rechten nach, vor beſtändig nicht zu achten, dahero Beklagter die libellirte Erbſchaft vermittelſt eines richtigen *Inventarii*, oder in deſſen Ermangelung, einer eydlichen Specification Klägern, *cum fructibus perceptis & percipiendis*, auszuantworten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM IV.

DE

ACTIONE PAVLLIANA.

§. 1.

PAVLLIANA ACTIO 189) eſt *praetoria realis, quae datur creditoribus conſilio & euentu per alienationem debitoris defraudatis, aduerſus poſſeſſorem, ad rem alienatam, tamquam non alienatam cum fructibus reſtituendam* 190). De act. Paull. indole §. 1-4.

§. 2.

Haec actio inter reales quidem refertur, *ſ. 2. Inſt. de act.* ſed poteſt etiam perſonalis eſſe, *L. 38. pr. & ſ. 4. ff. de vſur.* Praetor enim hoc ius creditoribus

189) *Paulliana* a PAVLO Praetore eſt in *L. 38. §. 4. ff. de vſur.* fundata, quoque *Reuocatoria* dicitur. HOM.

190) Habet haec actio maximam adfinitatem cum antecedente, quid? quod re vera haec atque prior ſub communi eo comprehendantur, quod ſint actiones reſciſſoriae cum remediis reſcindentibus cumulatae. Reſciſſio enim alienationis in fraudem creditorum factae petitur, & reſciſſa hac alienatione, id poſtulatur, quod ante alienationem alienanti competebat. Eſt haec vera reſtitutio in integrum praetoria, quamuis a compilatoribus Pandectarum libro IV. non ſit inſerta, indeque a DD. omiſſa. Si alienatio verſatur circa rem, ſemper haec actio eſt realis, & tunc rei vindicatio, ſi dominium rei alicuius in alium eſt translatum, ſin vero alienatio circa aliud verſatur, eſt actio perſonalis. Quare actio haec Paulliana tam ex reſtitutionis in integrum praetoriae, quam ex illius actionis indole, quam praetor poſt reſciſſam alienationem creditoribus concedit, aeſtimanda eſt. MAD.

Digitized by Google

toribus reſtituit, quod debitor habuit. Quodſi itaque ius perſonale tantum v. g. debitum, debitori in fraudem remiſerit 191), actio haec Paulliana alia, quam perſonalis eſſe nequit.

§. 3.

Datur *creditoribus* 192). Sed hodie plerumque *curator bonorum* legitime conſtitutus agit.

§. 4.

Datur *contra quemcunique poſſeſſorem*, quatenus eſt realis, qui tamen, cum oneroſo titulo acquiſiuit, fraudis particeps eſſe debet. Si vero lucrativo titulo accepit, indiſtincte ad reſtituendum tenetur 193), *L. 6. §. 11. ff. de his quae in fraud. credit. L. 2. §. 5. C. eod.*

§. 5.

Quatenus vero perſonalis eſt, tantum *contra perſonam obligatam* competit.

§. 6.

191) Aut nomen ceſſerit, aut donauerit rem fungibilem etc. MAD.

WERNHER *Part. VII. Obſ.* 2. hanc actionem appellat mixtam. Add. HOMMEL *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 593. HOM.

192) Tam chirographariis, quam hypothecariis. HOM.

Creditoribus hypothecariis non competit, quoniam iis iam actione ordinaria proſpectum eſt, neque adeo hoc remedium extraordinarium illis datur, vid. *Cel.* AVCTORIS diſſert. *de actione Paulliana.* Lipſ. 1747. EIVS *Opuſc.* Hal. 1770. editis p. 297 ſeqq. inſerta. MAD.

193) Cum certet de lucro captando. HOM.

§. 6.

Finis eſt: Finis.

1. *ad rem alienatam reſtituendam* 194), ſine pretii refuſione, niſi in bonis debitoris adhuc exſtet. Donatarius tantum tenetur, quatenus tempore motae actionis locupletior exiſtit.

2. *ad fructus perceptos & percipiendos.* Donatarius de perceptis tantum tenetur, niſi fraudis particeps ſit 195).

3. *ad damna reſarcienda.* Ad quae donatarius, qui in bona fide eſt, tunc demum obſtringitur, ſi poſt litis conteſtationem 196) damna culpa dederit.

4. *vt reſtituatur cum omni reliqua cauſa* 197).

§. 7.

Generale fundamentum eſt *fictum dominium*, *quo*, debitore non ſoluendo exiſtente, *creditores praetor dominos fingit* 198) *bonorum debitoris* 199). De eius fundam. §. 7-16.

F 2 §. 8.

194) Vt alienatio reſcindatur iusque alienatum recuperetur, ideoque ſi realis eſt, vt res reſtituatur. MAD.

195) Qua ratione in Saxonia El. bonae, aut malae fidei poſſeſſor ad reſtitutionem fructuum obligatur, denuo conſulenda eſt DECIS. REG. *II. de an.* 1746. HOM.

196) Scil. ſi poſt L. C. in mala fide conſtitutus ſit, quod non ſemper eſt, quamuis plerumque. MAD.

197) Vox *cauſae* explicatur a LEYSERO *ad Pand. Spec.* 251. HOM.

198) Potius ipſe Auctor fictum hoc dominium ſingit. Generale enim fundamentum huius actionis conſiſtit in laeſione creditorum per fraudulentam debitoris alienationem tempore concurſus materialiter exiſtentis factam. MAD.

199) Conf. H. NETTELBLADTII diſſ. *de Paullianae actionis vero fundamento, obiecto & eius duratione.* HOM.

Digitized by Google

§. 8.

Requiritur igitur,

1. *vt aliquid a debitore ſponte alienatum ſit* 200).

Obſeruat. 1.

Si debitor lucrum tantum, quod acquirere poterat, v. g. hereditatem, omiſerit, Paulliana actio non datur, *L. 6. ſ. 2. ff. de his quae in fraud. credit.*

Obſeruat. 2.

BRVNNEMANNVS 201) *ad hanc legem*, eam reſtringit ad deferendam hereditatem, *ſi ille nondum mortuus, cuius hereditati renunciauit*, ſi vero *per mortem delata iam hereditas*, locum facit Paullianae actioni. Eamque ſententiam BERGER *in Reſol. LL. obſt. ad h. t.* receptam dicit.

Obſer-

200) Adeo, vt ſi alienatio fuerit neceſſaria, quae aut iuſſu iudicis, propter aes alienum ex re alienata ſoluendum, aut per prouocationem alterius, qui cum debitore in communione fuit, ad rem communem diuidendam contingit, omnis actio Paull. creditoribus deneganda ſit, etiamſi per hanc alienationem laeſionem aliquam ſentiant, & alienans fraudandi conſilium habuerit. MAD.

201) BRVNNEMANNVS h. l. ineptit. Nam non de renunciatione hereditatis, quippe quae iure romano inualida erat, ſed de repudiatione hereditatis & legati in *L. 6. §. 2. & 4. cit.* ſermo eſt, quod verbum nullo modo de hereditate viuentis & non delata vſurpatur. Deinde etiam ratio huius reſtitutionis in aprico eſt, quae BRVNNEMANNI ſententiae obſtat. Creditores enim ad id, quod poſtea debitori euenire poſſet, neque cogitauerunt, neque cogitare debebant, adeoque ſi debitor id non adquiſiuit, quod adquirere potuit, creditores ſuos nunquam laedit. Non eſt igitur, vt de iniquitate VLPIANI inanes quereIas cum Auctore *cit. diſſ. §. XII.* fundamus. Receptam eſſe BRVNNEMANNI explicationem ſimiliter negandum. Iam aliquoties exemplum contrariae praxeos, limpida iuris romani principia ſequentis, habuimus. MAD.

Digitized by Google

Obſeruat. 3.

SCHILTERVS in *Exercit. ad Pand. XLVI.* §. 51. tam ſi deferendae, quam ſi delatae hereditati ſit renunciatum, obtinere Paullianam aſſerit 202).

§. 9.

Requiritur

2. *vt alienatio inſtante vel moto concurſu ſit facta* 203).

F 3 Obſer-

202) Omnem diſſenſionem in Saxonia El. penitus ſuſtulit DECIS. REG. *XXV. de an. 1746.* in qua conſtitutum, vt moto coeptoque iam concurſu creditorum, debitori non liceat vſumfructum, aliudue ius ipſi competens, maxime hereditatem ſperatam, quamvis nondum delatam, aut adhuc incertam, nedum quae ipſi adimi non poſſit, repudiare; ac ſi acciderit, vt, poſtquam aliquis hereditatem, aliudue ius repudiauerit, vel amiſerit, concurſus creditorum exiſtat, vel etiam bona eius vni creditori ſoluendo non ſint idonea, tam curator litis, quam creditor, debitorem iam tempore factae renunciationis bonis lapſum fuiſſe, probare volens audiatur, reſeruata tamen debitori contraria probatione, nec minus permiſſum ſit vtrique, tam debitori, quam ei, qui ab ipſo cauſam habeat, deferre iusiurandum, ac tandem, cognita cauſa, prouti res foret, irritam eſſe renunciationem, ſententia iudicis pronuncietur. MAD.

203) Si debitor poſt motum concurſum i. e. poſt edictales citationes alienationes ſuſceperit, res litigioſa alienata eſt, adeoque remedium pinguius ſcil. querela nullitatis datur. Si vero ante edictales citationes facta ſit alienatio, vel iam creditores in poſſeſſionem miſſi ſunt propter rem iudicatam ex primo decreto, aut per arreſti impoſitionem, vel non. Priori in caſu omnia, etiam cum creditoribus in fraudem reliquorum geſta, irrita ſunt, *L. 6. §. 7. & L. 10. §. 16. h. t.* Poſteriori vero creditor quidem ſibi vigilare poteſt, *licet ſciens prudensque ſoluendo non eſſe recipiat*, attamen tertius titulo oneroſo adquirens fraudis conſcius, aut titulo gratuito accipiens, etiamſi fraudis inſcius ſit, ad reſtitutionem tenetur, quoniam *quodcunque frau-*

Digitized by Google

Obſeruat. 1.

Leges ciuiles hoc explicant, ſi vel bona poſſeſſa ſint a creditoribus, vel ſolutionem vrſerint. Hodie vero, ſi edictales citationes affixae tempore alienationis iam fuerint 204).

Obſeruat. 2.

Si praeceptum de non alienando inſinuatum fuerit debitori & poſtea alienauerit, alienatio eſt nulla, adeoque Paulliana actione opus haud eſt. Sed datur rei vindicatio 205).

§. 10.

Requiritur

3. *vt debitor defraudandi conſilium habuerit*, id quod libello expreſſim eſt adiiciendum.

§. 11.

Raro hoc requiſitum per teſtes aut documenta probabitur, quare plerumque iuramentum deſuper eſt deferendum, eamque ob cauſam creditores plerumque

fraudis cauſa geſtum eſt ſec. *L. 1.* reſcindendum eſt, & leges allegatae ſolum de creditore ſibi vigilante loquuntur. Quod ſi autem debitor probabiliter euentus ſecundos bona fide exſpectauit, aut exſpectare poterat, locus huic actioni non tribuendus, ſed tantum loquor de caſu, vbi creditores quidem nondum agunt, ſed debitor eas actiones quotidie metuit. MAD.

204) In Sax. El. vi DECIS. REG. *XXV.* laudatae, ſi debitor tempore alienationis aut renunciationis iam non fuerit vlterius ſoluendo, vt plus debuerit, quam habuerit. HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ.* 539. vbi differentia inter actionem nullitatis & Paullianam traditur. HOM.

205) Non ſolum, ſi forte praeceptum de non alienando expreſſe iudex vt plerumque dederit, ſed etiam, ſi edictalis citatio emiſſa fuerit, prohibitio autem de alienando omiſſa ſit, creditoribus competit ipſa actio principalis directa cum querela nullitatis coniuncta. MAD.

que nullum fructum ex actione Paulliana ſentient. Meam ſententiam in *Diſſert.* mea *de actione Paulliana* expoſui, quae eo redit, *quod creditores huius requiſiti probatione non indigeant*, cum praeſumtio ſcientiae patrimonii & debitorum contractorum 206), praeſumtionem fraudis in alienatione excitet. In qua *Diſſ.* ſimul DECIS. REG. *XXV. de an. 1746.* mecum conuenire docui 207).

§. 12.

Requiritur

4. *vt euentu creditores ſint defraudati* 208).

§. 13.

Hoc requiſitum omnino probatione indiget, inuentarioque confecto taxatiſque bonis debitoris, facile demonſtrabitur.

§. 14.

Requiritur

5. *vt reus* vel *titulo lucratiuo rem alienatam poſſideat*, vel *poſſeſſor* 209) *fraudis particeps fuerit* 210).

F 4 §. 15.

206) Praeſumtio haec niſi iuris eſſet, numquam praeſumtionem iuris doli excluſiuam, vt loqui amant, vincere poſſet. Vt eam praeſumtionem non ſolum hominis, ſed iuris eſſe demonſtraret Auct. ad *L. 30. ff. ad SCt. Vellej. L. 3. pr. de iur. & fact. ign. L. 7. ff. de adquir. vel om. hered.* prouocat §. *XIV. cit. diſſ.* atque defendit, hanc ignorantiam facti proprii non praeſumi poſſe, ex ea ſcientia & fraudem eſſe deriuandam. MAD.

207) Quae opinio ſingularis, cum dolus debitoris ita praeſumatur. HOM.

208) Quodſi itaque debitoris bona ad credita ſoluenda ſufficiunt, haec actio exulat, *L. 10. §. 1. L. 15. ff. quae in fraud. credit.*

209) Ex titulo oneroſo. HOM.

210) Si eiusmodi poſſeſſor alii bona fide vendidit, hic non tenetur, ſed prior in ſolidum pretium rei, quod accepit, tenetur, *L. 9. h. t.* MAD.

Digitized by Google

§. 15.

Sufficit autem, ratione fraudis poſſidentis, probari, *quod tempore acquiſitionis ſciuerit, alienantem non eſſe ſoluendo* 211). Si vero titulo lucratiuo poſſideat, plane nulla fraudis probatio neceſſaria eſt. De qua re, quidque ſecundum DECIS. EL. NOVISS. obtineat, latius differui *in alleg. Diſſ.*

§. 16.

Si tamen ex creditoribus 212) quis rem alienatam titulo oneroſo acquiſiuerit, haec actio non dabitur, niſi, praecepto de non alienando iam inſinuato, vel concurſu per edictalium affixionem moto, rem comparauerit. Quo tamen in caſu priori mallem rei vindicationem creditoribus tribuere, ob deficientem alienandi facultatem.

§. 17.

De competentia iudicis. *Competens iudex* in hac actione eſt, quatenus eſt realis, tam *rei ſitae*, quam *domicilii*; quatenus vero inter perſonales refertur, *iudex* tantum *domicilii*. Nequaquam vero in foro contractus agi poteſt, cum ad reſcindendum contractum tendat 213).

Arg.

211) Et concurſum debitori imminere, quod Auct. ſecundum §. 9. praeſupponit. MAD.

212) Creditor ſibi vigilare poteſt ſec. *L. 6. §. 7. quae in fraud. credit. ſi* antequam poſſideantur, *debitam pecuniam receperit*, aut, qui caſus eſt *L. 10. §. 16. ſi debitori fugienti & pecuniam ſecum ferenti abſtulerit id, quod debebatur.* Singularem caſum huius rei exhibet Perill. *de* CANNGIESSER *Tom. II. Dec. 236.* vbi iudices pro & contra, vt aiunt, diſputant. Si noſtra ſententia adiicienda, eſſet in caſu obuio creditor vtique ſibi vigilare poterat. MAD.

Vid. *L. 24. ff. quae in fraud. cred.* & HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 427. & 539. HOM.

213) Vid. ea, quae comment. general. diximus ad §. 33. *Not. 35.* MAD.

Digitized by Google

Arg. L. 2. *C. vbi & apud quem*, ibidemque BRVNNEMANN.

§. 18.

Durat haec actio, ſi titulo oneroſo alienatio eſt facta, per annum, a tempore alienationis intellectae computandum 214), *L.* 10. *ſſ.* 18. *ff. de his, quae in fraud. cred.* 215) Si vero titulo lucratiuo reus poſſideat, perpetuo datur 216), *L.* 10. *ſſ.* 24. *eod.* 217)

§. 19.

Ad heredes creditorum ſine dubio actio Paulliana tranſit. Sed heredes poſſeſſoris non aliter tenentur, quam quatenus locupletiores exiſtunt, *L.* 11. *ff. quae in fraud. creditor.*

F 5 §. 20.

214) Diſſentit. HOMMEL in *Rhapſ. Iur. Obſ.* 539. *n.* 17. computans annum ab eo tempore, quo bona ſub haſta publica vendita; nec non BERGER. *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. II. th.* 34. *n.* 19. putans, actionem per quadriennium continuum durare. HOM.

215) Add. *L.* 1. pr. — *intra annum, quo experiundi poteſtas fuit* —, *L.* 6. §. *fin.* — *huius actionis annum computamus* vtilem, *quo experiundi poteſtas fuit ex die factae venditionis.* Per quadriennium igitur hodie durat. De CANNGIESSER l. c. ſed non ex die intellectae, ſed *factae* venditionis, *L.* 10. §. 18. *cit.* quamuis plerumque experiundi poteſtatem de eo explicant, ſi propter ſcientiam alienationis agi poterat. Sed quum alienatio inſtante concurſu & materialiter exiſtente ſaltim plerumque fiat, tempus quadriennii breue non eſt. MAD.

216) Quod & dicendum de alienatione titulo oneroſo facta, quantum accipiens locupletior exiſtit. HOM.

217) Ait VLP. *haec actio poſt annum de eo, quod ad eum peruenit, aduerſus quem actio mouetur, competit. Iniquum enim putauit praetor, in lucro morari eum, qui lucrum ſenſit ex fraude, idcirco lucrum ei extorquendum putauit. Siue igitur ipſe fraudator, ad quem peruenit, ſiue alius quiuis, competit actio in id, quod ad eum peruenit, doloue eius factum eſt, quominus perueniret.* Quibus verbis Auct. propoſitio conformanda erit. MAD.

§. 20.

Except. oppon. Exceptiones ſequentes obiici poterunt:

1. *deficientis conſilii defraudandi,*
2. *bonorum debitoris ſufficientium* 218),
3. *deficientis fraudis poſſeſſoris* 219),
4. *rei exſtinctae, conſumtae, poſſeſſoris non locupletioris exſiſtentis,*
5. *aleae emtae* 220),
6. *quod quilibet creditor ſibi vigilare poſſit,*
7. *praeſcriptionis* 221).

Forma Libelli.

Kläger Pamphilius als zu Caii Credit-Weſen beſtätigter Curator bonorum an einem

contra

Titum, Beklagten am andern Theil.

Bringet klagend an, welchergeſtalt Caius als jetziger debitor communis, ohnerachtet ihm wohl bewußt geweſen, oder ſeyn können, wie ſein Vermögen zu Abtragung ſeiner ſämtlichen Schulden nicht zulänlich ſey, den meiſten Theil ſeines Vermögens, beſonders aber ſein ſämtliches Geſchmeide und Silberwerk,

218) Siue exceptio *excuſſionis*, ſi enim tempore alienationis creditoribus ſatisfacere potuit, ceſſat haec actio. MAD.

219) Si nempe aduerſus titulo oneroſo accipientem agitur. MAD.

220) Si nempe pretio interueniente alienatio facta eſt, quatenus ſcilicet emtio aleae ſiue ſpei ſecundum principia Pand. valida eſt. MAD.

221) Add. his, exceptio

8. *alienationibus conſentientibus creditoribus factae,*
9. *expenſarum neceſſariarum in rem erogatarum nondum reſtitutarum*, L. 10. §. 20. *ff. quae in fraud. credit.* ROM.

Digitized by Google

werk, ſo in denen in beygehender Specification ſub ⊙ enthaltenen Stücken beſtanden, an Beklagten, um ſeine Creditores zu hintergehen, verſchenket, Beklagter auch ſothanes Geſchmeide und Silberwerk noch bis dato beſitzet. Wann aber zur Zeit der geſchehenen Verſchenkung 222) der Concurs zu Caii Vermögen bereits entſtanden, und die edictales affigirt geweſen, auch nachdem nunmehro alles übrige Vermögen deſſelben ad maſſam concurſus gebracht worden, und ſich veroffenbaret, daß ſolches zu Bezahlung derer ſämtl. Schulden keinesweges hinreichend iſt, mithin die Creditores durch des *debitoris communis*, an Beklagten geſchehene Verſchenkung augenſcheinlich *defraudiret* worden, und dahero die unternommene Veräuſſerung denen Rechten nach nicht beſtehen kann; Als iſt rc. rc. fordert rc.

Daß Beklagter das *libellirte* und in der *Specification ſub* ⊙ enthaltene Geſchmeide und Silberwerk nebſt allen verurſachten Schaden und Unkoſten *ad maſſam* des zu *Caii* Vermögen entſtandenen *Concurſus* zu erſtatten ſchuldig 223).

SECT.

222) Melius loco ſequentium vsque ad verba: der ſämtlichen Schulden ponitur: daß der Caius nicht mehr ſoluendo geweſen, ſich veroffenbaret, und daß deſſen übriges Vermögen, ſo nunmehro ad maſſam concurſus gebracht worden, zur Bezahlung der ſämtlichen Schulden u. ſ. w. HOM.

223) Etiam hoc petitum eſt minus accuratum & potius ita petendum: daß Bekl. das libellirte und in der Specification ſub ⊙ enthaltene Silberwerk ad maſſam concurſus auszuantworten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig. HOM.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM V.

DE

ACTIONE CONFESSORIA.

§. 1.

De act. confeſſ. indole §. 1-6.

CONFESSORIA ACTIO ciuilis & realis eſt 224), *quae datur illi, qui ſibi*, vel *ſuo praedio ſeruitutem aſſerit, aduerſus quemuis turbantem, ad ſeruitutem conſtitutam declarandam, & vt reus a turbando deſiſtat, cautionem de non amplius turbando praeſtet* 225), *damnaque per turbationem data reſarciat* 226).

§. 2.

Datur directa illi, *qui* vel *ſibi* (in ſeruitute perſonali) vel *ſuo praedio* (in ſeruitute reali) *ſeruitutem conſtitutam aſſerit.*

§. 3.

224) Potius actio confeſſoria eſt actio realis ex iure ſeruitutis deſcendens, ad defendendam ſeruitutem, quam ſibi aſſerit, aduerſus turbantem, damnaque per turbationem data reſarcienda. MAD.

225) Quod ſuperfluum videtur, quoniam loco huius cautionis mandatum poenale potius ſubſequitur. MAD.

226) Nec non omnia in integrum reſtituat. Diuiditur haec actio in *directam* & *vtilem*, tam ratione ſubiecti, quam obiecti. Vide BERGER *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. III. th.* 22. *n.* 1. HOM.

Digitized by Google

§. 3.

Hinc in facti ſpecie enarranda ſequentia notes:

1. *ſubiectum ſeruiens* 227) *& dominans accurate eſt definiendum*, ratione loci, ſitus & vicinorum quandoque, *arg. L. 6. ff. de R. V.*
2. *qualitas ſeruitutis ita exprimatur*, vt intelligi poſſit, *quam*, *qualem*, *quantamque aſſerat ſeruitutem.*
3. ſi ſeruitutem realem praetendit, adiiciendum eſt, *quod* vel *iure dominii*, vel *alio iure in re poſſideat praedium dominans* 228).

§. 4.

Competit haec actio 229) *contra quemuis turbantem*, ſiue dominus praedii ſeruientis ſit, ſiue non 230).

§. 5.

In facti ſpecie exprimas

1. *quis turbauerit,*
2. *quo modo* 231).

Factum

227) Iure romano quidem ſolum obiectum ſeruitutis, iure germanico autem & ſubiectum ſeruiens v. c. in iuribus bannariis. MAD.

228) Opus eſt tantum, vt nomine proprio actor poſſideat praedium dominans, quia alioquin, ſi nomine alieno poſſidet, ſeſe ad cauſam legitimare debet, adeoque except. deficientis legitimationis ad cauſam reus tunc opponere poteſt. MAD.

229) Non niſi contra turbantem, qui vi libertatis praedii ſui actorem in exercitio ſeruitutis impedire conatus eſt. Aduerſus extraneum turbantem non haec actio confeſſoria inſtituitur, ſed nuda iudicis imploratione mandatum de non amplius turbando a iudice petitur. MAD.

230) Quodſi plures ſunt turbantes aduerſus quemlibet in ſolidum agitur, cum ſeruitus ſit res indiuidua, *L. 25. §. 9. & 10. ff. famil. herciſc.* HOM.

231) Add. 3. *quando.* HOM.

Digitized by Google

Factum vero turbatiuum ita comparatum eſſe debet, *vt appareat, actorem in exercitio ſeruitutis* vel *in totum*, vel *pro parte impediri.*

§. 6.

Finis. Fines huius actionis ſunt,

1. *vt declaretur, ſeruitutem actori competere,*
2. *vt reus a turbando deſiſtat*, & cautionem de non amplius turbando praeſtet.

Hodie ſententia ad cautionem reus condemnari non ſolet, ſed loco eius pronunciatur: daß er ſich aller fernern Turbation bey 20 Thaler Strafe zu enthalten ſchuldig 232).

3. *ad omne intereſſe praeſtandum*, ratione fructuum & damnorum 233).

§. 7.

De fundament. & prob. §. 7-15. Fundamenta huius actionis duo conſtituuntur,

1. *ſeruitus conſtituta* 234),
2. *turbatio a reo ſuſcepta in exercitio ſeruitutis.*

§. 8.

232) Ita maxime in Saxonia El. vi ORD. PROC. REC. *Tit. XXXIX.* §. 3. HOM.

233) Add.

4. *ad omnia in integrum reſtituenda.* HOM.

Scil. in ſeruitute qualificata, quae nimirum in exercitio ſuo ſingularem qualitatem manu inductam, praeter factum dominantis, requirit. MAD.

5. *ad rei ſeruientis refectionem*, ſi ſeruiens conuentione recepit. BOEHMER *de Act. Sect. II. c. II. §. 39.* HOM.

234) Ergo non ſufficit promiſſa, ex qua condictio ex moribus contra promittentem tantum deſcendit. HOM.

Digitized by Google

§. 8.

Actore ſeruitutem realem ſibi in actione aſſerente, vel dominium vel aliud ius in re, quo praedium dominans poſſidet, demonſtrare debet. Sufficit autem, *ſi poſſeſſionem* 235) *probauerit*, ex qua praeſumtio dominii oritur, vsque dum probetur contrarium 236).

§. 9.

Probatio ſeruitutis conſtitutae non requiritur, ſi ſeruitus a lege conſtituta eſt 237), *L. fin. Cod. de ſeruit.* Neceſſaria autem eſt, ſi ſeruitus ab homine, vel iudice, vel priuato ſit conſtituta, reusque litem negatiue conteſtetur 238).

§. 10.

Seruitus a iudice conſtituta, probatur *per decretum, quod tranſiit in rem iudicatam.*

§. 11.

In probatione ſeruitutis a priuato conſtitutae, reſpiciendum eſt, an *expreſſa*, vel *tacita voluntate*, an *actu*

235) *Ciuilem.* HOM.

236) In Saxonia El. argumentum duci poteſt pro hac ſententia ex ORD. PROC. SAX. *Tit. XX.* §. *1.* & DECIS. REG. *I. de an. 1746.* HOM.

237) Si ſeruitus eſt naturalis, ſeu a lege propter naturalem rei ſitum conſtituta, ſola inſpectio ocularis ad ſitum praediorum naturalem intelligendam requiritur, quo autem cognito ex ipſa legis diſpoſitione patet, actori competere ſeruitutem. MAD.

238) Quomodo hinc articuli probatoriales ſint formandi, docet BERGER. *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. III. th. 22. n. 2.* Nec actor liberatur ab hac probatione, licet ſit in poſſeſſione ſeruitutis, aut alius iuris ſingularis ob fortiorem libertatis naturalis fundi praeſumtionem. *Arg. L. 9. C. de ſeruit.* BERGER. loc. cit. *n. 3.* HOM.

Digitized by Google

actu inter viuos, aut *mortis cauſa acquiſita ſit* 239) ?

§. 12.

Probaturus, quod expreſſa voluntate, actu inter viuos ſeruitus ſi conſtituta, in probatione deducat,

1. *titulum ſ. pactum*,
2. *quaſi traditionem*, *per exercitium & patientiam* 240),
3. Iure Saxon. in immobilibus *iudicialem confirmationem*, DEC. EL. 61. 241)

§. 13.

Si actu vltimae voluntatis conſtitutam ſeruitutem probare cupit, per *teſtamentum* aut *codicillum validum ſuſcipitur*. Quaſi traditio hic non eſt neceſſaria, *L. 80. ff. de legat.* niſi excipias vſumfructum 242).

§. 14.

239) Potius ſic: vel a priuato actori conſtituta eſt, vel per praeſcriptionem. De poſteriori vid. §. 14. Prior vero vel per diſpoſitionem mortis cauſa, vel per diſpoſitionem inter viuos. De illo caſu vid. §. 13. Hoc autem in caſu vel per expreſſam vel tacitam voluntatem. De priori agit §. 11. ſin poſterius ab actore probandum eſt 1) *ſe factum ſuſcepiſſe in fundo ſeruiente (aut in iuribus bannariis, ſe poſtulaſſe a ſeruientibus) cum quo libertas praedii ſeruientis ſimul conſiſtere nequit*, 2) *ex parte ſeruientis illum non huic facto ſolum non contradixiſſe, ſed etiam ipſum ſuſcepiſſe factum commiſſiuum, quod ſuſcipere non potuiſſet, niſi ſeruitutem dominanti concedere vellet.* MAD.

240) In affirmatiuis ſeruitutibus, in negatiuis ſufficit pactum. HOM.

241) Quod ultimum & exigit BERGER. *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. III. th. 1. n. 2.* licet negandum non ſit, DECIS. EL. *61.* tantum agere de dominio rei immobilis transferendo, ut & hinc confirmationem iudicialem complures non neceſſariam ducant. HOM.

242) Sed & vſusfructus legatus ipſo iure adquiritur, nec opus eſt traditione, niſi teſtator eam aperte fieri iuſſit,

Digitized by Google

§. 14.

Si vero praeſcriptam ſeruitutem praetendat, in probationem venit

1. *actus ſeruitutem demonſtrans*,
2. *tempus legitimum*, quod iure Saxon. eſt 31 ann. 6 ſept. & 3 dier. 243)

§. 15.

Quod turbationis probationem attinet, haec attendat actor:

1. *vt tale factum turbatiuum adducat, quod ſeruitutis liberum exercitium impedit.*
2. *non aliud factum turbatiuum probet, quam quod libello eſt inſertum* 244).
3. *tempus facti turbatiui curate exprimat*, potiſſimum, ſi praeſcriptione ſeruitus acquiſita ſit 245).

§. 16.

Quoad competentiam iudicis, actionis durationem & tranſitionem ad heredes, generalia de actionibus realibus repetas. De competentia iudicis.

§. 17.

iuſſit, adeoque etiam probatio quaſi traditionis vſusfructus ad id non requiritur, vt absque illa vſusfructus ius reale non ſit. GALVANVS *de Vſufr. cap. XVIII. n. 9.* Nec obſtat *L. 1. & 2. quando aies legat.* ex qua traditionem in omni ſeruitutum perſonalium conſtitutione neceſſariam eſſe probare intendunt. MAD.

243) Secundum DECIS. REG. *III. de an. 1746.* In negatiuis vero ſeruitutibus hoc tempus praeſcriptionis demum currit a tempore prohibitionis, & alterius acquieſcentia, WERNH. *Part. II. Obſ. 375.* & *Part. III. Obſ. 81.* HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 33.* HOM.

244) Etiam alia facta turbatiua, modo cum expreſſis in libello conſiſtere poſſunt, aut poſtea euenerunt. MAD.

245) Ne tale factum turbatiuum adducat, quod tempore lege definito ad praeſcriptionem neceſſario eſt recen-

 tius,

Digitized by Google

§. 17.

Except. oppon. Exceptiones ſunt:

1. *deficientis dominii* 246),
2. *competentis libertatis naturalis,*
3. *remiſſionis,*
4. *ſeruitutis ad tempus conſtitutae, temporisque elapſi,*
5. *ſeruitutis per non vſum, vel factum contrarium exſtinctae* 247),
6. *ſeruitutis per abuſum amiſſae* 248),
7. *confuſionis*, ſ. *conſolidationis,*
8. *ſeruitutis per interitum totalem fundi exſtinctae,*
9. *conſtituens non fuit dominus* 249),
10. *reſoluti iuris conſtituentis,*
11. *vltimae voluntatis inualidae,*

12. *pre-*

tius, quia alioquin ipſe interruptam poſſeſſionem profiteretur, adeoque quum inde conſtaret, ſeruitutem per praeſcriptionem non eſſe adquiſitam, ſtatim a limine iudicii repelleretur. MAD.

246) Aut alius iuris in re. HOM.

Exceptio auctoris ſub. n. 1. eſſet de iure tertii, ſubſtituenda potius *exc. deficientis legitimationis ad cauſam,* quoniam actor aut proprio nomine praedium dominans poſſidere, aut nomine eius agere debet, qui in poſſeſſione ciuili ipſius praedii dominantis eſt, & cuius nomine naturaliter hoc praedium actu poſſidet, vid. §. 3. n. 3. MAD.

247) Vid. in Saxonia El. DEC. REG. *V. de an. 1746.* HOM.

248) Cum pacto ita conuentum. HOM.

Haec except. ceſſat, quoniam propter abuſum numquam ſeruitus, vti nullum aliud ius, deficiente lege ſpeciali amittitur. Interdicendus ſolum erit abvſus ſub poena pecuniaria aut corporali. MAD.

249) Quia ſi per diſpoſitionem priuatam conſtituenda fuit ſeruitus, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa, ſeruitutis conſtitutio ad iura tantum dominii pertinere poteſt,

Digitized by Google

12. *precario, clandeſtine, violenter exercitae ſeruitutis,*
13. *praeſcriptionis interruptae,*
14. *deficientis temporis legitimi,*
15. *reſtitutionis in integrum* 250).

Forma Libelli.

Klaget kürzlich, daß obwohl Kläger als eigenthümlicher Beſitzer des Guthes zu N. vermöge eines aufgerichteten und gerichtlich confirmirten Vergleichs berechtiget, auf die zwiſchen N. und N. gelegenen ſogenannten Mogiſchen Wieſen, ſo zu Beklagtens Guthe in Konnewitz gehören, ſein Vieh zu treiben, und zu weiden, auch ſolche Gerechtigkeit bis anhero geruhig exerciret; Beklagter ſich dennoch am 1 Febr. a. c. unterſtanden, aus der libellirten Wieſe einen Teich machen zu laſſen, und Klägern dadurch in der libellirten Servitut zu beeinträchtigen; Wann denn Beklagter in Güte davon nicht abſtehen will; als rc. fordert rc.

Daß Kläger als Beſitzer des Guthes zu N. ſein Vieh auf die libellirten Mogiſchen Wieſen zu treiben und weiden zu laſſen wohl befugt, dahero **Beklagter die libellirte zu einem Teich gemachte Wieſe in vorigen Stand zu ſetzen, aller fernern Turbation bey 20 Thlr. Straſe ſich zu enthalten**, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

poteſt, propterea quod omnis ſeruitus reſtrictionem proprietatis inuoluat, adeoque nemo eam reſtringere poſſit, niſi cui competit. Si autem aduerſus conſtituentem aut eius heredes agitur, ceſſat, vti & in eo caſu, quo praeſcriptione adquiſita eſt ſeruitus. MAD.

250) Siue in praeſenti lite per modum exceptionis ipſa petatur, ſiue reo iam ante hanc litem conceſſa fuerit. M.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.
MEMBRVM VI.
DE
ACTIONE NEGATORIA.

§. 1.

De act. negator. indole §. 1-6. **N**egatoria actio ciuilis & realis eſt, *quae datur* 251) *domino, qui fundum ſuum liberum eſſe aſſerit, aduerſus eum, qui ſeruitutem praetendit, ad fundum liberum a ſeruitute declarandum, & vt reus a turbando deſiſtat, cautionem de non amplius turbando praeſtet, & damna per turbationem data reſarciat* 252).

§. 2.

Datur 253) *domino, qui fundum ſuum a ſeruitute liberum praetendit.* Vtilis tamen actio etiam *illis datur, qui alio iure in re poſſident fundum* 254).

BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE FIRENZE

§. 3.

251) Act. negat. eſt actio ciuilis, quae datur alicui contra eum, qui ius illius reſtringere conatur, ad hanc remouendam reſtrictionem, & per conſequens non omnis actio negatoria hodie eſt realis, licet iure romano ſemper talis fuerit. MAD.

252) Omniaque in integrum reſtituat. Diſpeſcitur haec actio in *directam* & *vtilem*, tam ratione ſubiecti, quam obiecti. Vid. MENCKEN *in Pand. Lib. VIII. Tit. V. §. 6.* HOM.

253) Directa, ratione ſubiecti. HOM.

254) Huc pertinent vſufructuarius fundi, creditor immiſſus, immo is, cuius intereſt, ne quis in libertate naturali ſua impediatur. Vid. exempla penes BERGERVM in *Oec. Iur. Lib. II. Tit III. theſ. 22. n. 5.* ibidemque WINCKLER. HOM.

Digitized by Google

§. 3.

Expedit ſtatim *demonſtrationem dominii* 255) *libello addere* 256), alias enim, reo dominium negante, interlocutoria ſententia fertur 257):

Daß Kläger vor allen Dingen das Eigenthum des *libellirten* Guthes zu beweiſen 258) ſchuldig.

§. 4.

Datur *contra eum, qui ſeruitutem praetendit*, & hoc modo actorem turbat in libertate naturali. Quam ob cauſam *actus turbationis ſpecifice eſt exprimendus*, vt appareat, quod ſit ſeruitute vſus.

§. 5.

Vtilis quoque actio 259) *contra illum competit, qui, praeter ius ſeruitutis, aliud ius ſingulare praetendit*, v. c. ius braxandi (intra milliare in terris Sa-

255) Vel alius iuris in re. HOM.

256) Quae ſit, ſi actor docet, poſſeſſionem ſuam bona fide & iuſto titulo eſſe acquiſitam, nec opus, vt de inueſtitura iudiciali conſtet. Vide in Saxon. El. ORD. PROC. REC. *Tit. XX.* §. 1. & DECIS. REG. I. *de an. 1746.* HOM.

257) Suſpenſa ſeruitutis probatione. HOM.

258) Melius & verius: beyzubringen ſchuldig, worauf ſowohl dieſfalls, als auch des vorgeſchützten Befugnißes halber ferner ergehet, was Recht iſt. Dominio deinde haud demonſtrato, reus abſoluitur, quamuis ſeruitutem ſibi competentem non probauerit. WERNHER. *Part. II. Obſ. 419.* HOM.

259) Directa & vtilis, prout iure romano diſtinguebatur, non amplius ſecernuntur, ſed ſi reſpicimus ad ius Germanicum, directa nominatur ea, quae in iuribus ſeruitutis iuris rom. vtilis vero, quae in ſeruitutibus iuris Germanici datur. MAD.

Digitized by Google

Saxon.), ius patronatus, iurisdictionis, eine freye Stube bey denen Balbierern 260).

§. 6.

Finis. Finis actionis eſt:

1. *vt fundus liber declaretur*, e. gr. daß Beklagter auf Klägers libellirten Wieſe mit beladenen Wagen zu fahren nicht befugt.
2. *vt reus a turbatione deſiſtat*, & cautionem de non amplius turbando praeſtet. Hodie vero eius vice petitur: Daß Beklagter ſich aller Turbation bey — Thlr. Strafe zu enthalten 261).
3. *ad reſtitutionem rei in priſtinum ſtatum* 262).
4. *ad fructus per exercitam ſeruitutem percipiendos & perceptos reſtituendos.*
5. *ad damna reſarcienda & expenſas reſtituendas.*

§. 7.

De fundam & ei. p ib. §. 7 10. Fundamenta huius actionis ſunt:

1. *dominium fundi* 263),
2. ***libertas naturalis***, vel ***negatio*** aliquando ***oneris***,

3. *tur-*

260) Accuratius hic §. 5. ita ponitur: Vtilis quoque actio ratione obiecti *contra illum competit*, *qui aliud ius ſingulare praetendit in alterius re*, v. g. ius braxandi (intra milliare in terris Saxon. Vid. RESOL. GRAV. *de an.* 1612. & 1661. *Tit.* von *Iuſtitien* Sachen & G. L. MENKEN. Progr. *Ius cereuiſiarium ciuitatum Saxonicarum ad milliare omnino reſtrictum eſſe.* A. F. SCHOTT *in Inſt. Iur. Sax. Lib. I. Sect. II. cap. 3. m. 11.* §. 25.) ius patronatus, iurisdictionis, operarum praeſtandarum, decimarum, venationis, exercendi opificum, cum tamen collegio opificum non ſit adſcriptus. HOM.

261) In Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. *Tit.* XXXIX. §. 1. HOM.

262 Si per exercitium ſeruitutis nempe, aut alius iuris ſpecialis, forma ipſius rei mutata fuerit. MAD.

263) Vel aliud ius in re poſſeſſori competens, vid. §. 2. & 5. MAD.

Fundi ſitus accurate deſcribendus, arg. *L. 6. ff. de R. V.* HOM.

3. *turbatio in libertate naturali*, vel *in exercitio iuris communis ſpecialis* 264).

§. 8.

Dominium, vti ſupra iam expoſitum, reo negante, eſt demonſtrandum. Libertatem vero naturalem in hac actione actor probare haud tenetur 265):

1. *quia in negatiua verſatur*,
2. *ob praeſumtionem libertatis naturalis*,
3. *quia ſeruitus*, aut *aliud ius ſpeciale*, *quod alter praetendit*, *facti eſt* 266).

264) Verbum *ſpecialis* deleas, potius loco illius addendum: i. e. *ſecundum regulam competentis*, quod nempe reus per aſſertionem iuris ſingularis reſtringere voluit. MAD.

265) Vel actor in poſſeſſione libertatis eſt, vel reus in poſſeſſione ſeruitutis. Priori in caſu praeſumtio adeſt pro libertate. Poſteriori praeſumtio pro poſſeſſore fortior habetur, *L.* 7. §. *fin. ff. de liber. cauſ.* qua in ſpecie ceſſant, quae auctor in contrarium adduxit. Nam ad 1) actor ſolum probare debet actus, quibus libertatem praedii aut ius ſine reſtrictione exercuit, quod propoſitionem affirmatiuam continet, ad 2) haec praeſumtio a fortiori vincitur, ad 3) praeſumtio pro poſſeſſore liberat reum, modo poſſeſſionem probauerit. Quoad fora Brandenburgica legas ea, quae habet Ill. WOLTAER *Obſeruatt. faſc. II. obſ.* 34. quem librum modo accepimus. MAD.

266) Actor tamen a probatione non eſt immunis, ſi fines actionis negatoriae exceſſit, v. c. ſi in libello dicit, reum ſeruitutem vi, clam & precario hactenus exercuiſſe, aut ſi ſe nititur in extincta, aut reſtricta ſeruitute. MENKEN. *in Pand. Lib. VIII. Tit. V.* §. 9. Diſſentit CH. THOMASIVS in Diſp. *de onere probandi in actione negatoria* §. 22. *ſeqq.* Cum vero praeſumtio libertatis fortior eſt ea, quae ex poſſeſſione oritur, actor probatione non eſt onerandus, ſi reus eſt in ſeruitutis quaſi poſſeſſione. BERGER *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. III. th.* 22. *n.* 8, LEYSER. ad *ff. Spec.* 109. *Med.* 6. HOM.

Digitized by Google

§. 9.

Cum vero in hac actione plerumque reus affirmatiue litem conteſtetur, & exceptionem ſeruitutis conſtitutae opponat 267), *reo iniungitur probatio* des vorgeſchützten Befugniſſes, reſeruata actori reprobatione.

§. 10.

Quod ſi vero reus turbationem neget, eam actor probare tenetur 268). Reliqua ex generali actionum realium explicatione patebunt.

§. 11.

Exceptiones opp. pon. Exceptiones adplicari poterunt

1. *ſeruitutis conſtitutae,*
2. *priuilegii* 269) *impetrati*, v. g. daß er eine Freyſtube erlanget.
3. *conſuetudinis introductae* 270),
4. *tranſactionis,*
5. *rei iudicatae.*

Forma

267) Aut priuilegii ſ. iuris ſingularis competentis. MAD.

268) Quod ſi eam probare nequeat, reus abſoluitur. HOMMEL *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 177. HOM.

269) Aut iuris ſingularis. HOM.

270) Conſuetudinis legalis praeter hanc contra legem introductae, cuius beneficii priuilegium ſiue ius ſingulare acquiſitum fuerit, v. c. in decimatione aut iuris bannarii. Seruitus autem conſuetudine introduci nequit. MAD.

Digitized by Google

Forma libelli.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Beklagter, als Beſitzer der Mühle zu Büßritz ſich unterſtanden, von Klägern, daß er ſein Korn in gedachter Mühle mahlen; und ſein Malz daſelbſt ſchroten laſſen ſolle, zu fordern, und Klägern dadurch **in ſeiner natürlichen Freyheit zu turbiren.** Wann denn Beklagter davon in Güte nicht abſtehen will; als iſt ꝛc.

Daß Beklagter von Klägern, daß er ſein Korn in Beklagtens Mühle zu mahlen, desgleichen **ſein Malz daſelbſt ſchroten laſſen ſolle, zu fordern nicht befugt.** Dahero Beklagter ſich diesfalls aller fernern Turbation bey 20 Rthlr. Strafe zu enthalten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM VII.

DE

NOVI OPERIS NVNCIATIONE.

§. 1.

De indole N. O. N. §. 1-6. NOVI OPERIS NVNCIATIO 271) eſt *legitima prohibitio facta aedificanti*, aut *deſtruenti contra priſtinam formam in praeiudicium eius*, *cuius propter ius in re intereſt* 272).

§. 2.

Datur *omnibus illis*, *quorum ex iure in re intereſt*, *non contra priſtinam formam aedificari*, aut *deſtrui*. Quamobrem & domino, & creditoribus pignoratitiis & illis, quibus ius ſeruitutis 273) in hoc fundo competit, in quorum detrimentum tendit aedificatio vel deſtructio, datur, *L. 3. ſ. 3. & L. 9. ff. de N. O. N.*

§. 3.

Nunciatio *illi fit*, *qui contra priſtinam formam* aut *aedificat*, aut *deſtruit* 274), atque ſufficit, etiam illis nunciari, qui eius nomine in eo loco, vbi aedificatur vel deſtruitur, praeſentes ſunt 275).

§. 4.

271) Noui operis nunciatio non proprie eſt actio, ſed proteſtatio & prohibitio, qua quis illum, qui nouum opus facit, impedire conatur in perficiendo opere ſuſcepto. MAD.

272) Dicatur, qua ratione hoc remedium differat ab interdicto quod vi aut clam. HOM.

273) Et in Germania, quibus cetera iura realia ex iure Germanico aeſtimanda competunt. MAD.

274) Etiam vni ex pluribus, *L. 3. §. 5. ff. eod.* HOM.

275) V. g. operariis, *L. 5. §. 3. & L. 11. ff. eod.* HOM.

Digitized by Google

§. 4.

Nunciatio ſuſcipitur vel *priuatim*, aut verbis, aut factis, ſc. disiectione materiae 276), vel *iudicialiter*. Haec, licet hodie priuata non ſit abrogata 277), praeſtat, atque *petitur inhibitio iudicialis* & ſimul *ocularis inſpectio*. BERGER. *Oec. iur. L. II. Tit. VI. th. 3. n. 9.* STRYCK. *Vſ. Mod. ad Tit. de nou. op. nunc. ʃ. 4.* 278)

§. 5.

Finis eſt, vt nunciatus ſtatim ab aedificatione vel deſtructione deſiſtat, *L. 1. pr. L. 8. ʃ. 4. ff. de N. O. N.* Atque ſi contemnens poſt nunciationem pergat in coepto opere, omnia ſuis ſumtibus redintegrare obſtringitur, ſiue iure, ſiue iniuria nouum opus conatus fuerit, *L. 20. ʃ. 1.* & *L. 22. ff. eod.* 279) Finis.

§. 6.

Hunc rigorem temperat obſeruantia, vt, iniuſtitia nunciantis manifeſte probata, reſtitutio in priſtinum ſtatum remittatur. Aliud vero obtinet, ſi cauſa dubia ſit. STRYCK. *cit. l. ʃ. 15.*

§. 7.

276) Vid. *L. 5. §. 10. ff. de N. O. N.* vbi *de Lapilli ictu.* Quae verba explanant HEINECCIVS *ad Pand. Part. VI. §. 96.* * & LEYSER *ad. ff. Spec. 426. Med. 1.* HOM.

277) Sed quum re vera priuata realis vindictam priuatam contineat, plerumque damnoſa eſſe poteſt nuncianti, quoniam nunciatus iuſta ratione vim ab altero inferendam repellere poteſt. MAD.

278) Ad melius probandam priuatam nunciationem vtile quoque eſt, notarium cum teſtibus adhiberi. STRYCK. *c. l.* §. 2. Nunciatio & die feriato fieri poteſt, *L. 1. §. 4. ff. de N. O. N.* HOM.

279) Et praeterea in iudiciali mulctam in inhibitione expreſſam ſoluere tenetur. STRYCK. *cit. loc.* §. 16. HOM.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM VII.

DE

NOVI OPERIS NVNCIATIONE.

§. 1.

De indole N. O. N. §. 1-6. NOVI OPERIS NVNCIATIO 271) eſt *legitima prohibitio facta aedificanti*, aut *deſtruenti contra priſtinam formam in praeiudicium eius, cuius propter ius in re intereſt* 272).

§. 2.

Datur *omnibus illis, quorum ex iure in re intereſt, non contra priſtinam formam aedificari*, aut *deſtrui*. Quamobrem & domino, & creditoribus pignoratitiis & illis, quibus ius ſeruitutis 273) in hoc fundo competit, in quorum detrimentum tendit aedificatio vel deſtructio, datur, *L. 3. ſ. 3. & L. 9. ff. de N. O. N.*

§. 3.

Nunciatio *illi fit, qui contra priſtinam formam* aut *aedificat*, aut *deſtruit* 274), atque ſufficit, etiam illis nunciari, qui eius nomine in eo loco, vbi aedificatur vel deſtruitur, praeſentes ſunt 275).

§. 4.

271) Noui operis nunciatio non proprie eſt actio, ſed proteſtatio & prohibitio, qua quis illum, qui nouum opus facit, impedire conatur in perficiendo opere ſuſcepto. MAD.

272) Dicatur, qua ratione hoc remedium differat ab interdicto quod vi aut clam. HOM.

273) Et in Germania, quibus cetera iura realia ex iure Germanico aeſtimanda competunt. MAD.

274) Etiam vni ex pluribus, *L. 3. §. 5. ff. eod.* HOM.

275) V. g. operariis, *L. 5. §. 3. & L. 11. ff. eod.* HOM.

Digitized by Google

§. 4.

Nunciatio ſuſcipitur vel *priuatim*, aut verbis, aut factis, ſc. disiectione materiae 276), vel *iudicialiter*. Haec, licet hodie priuata non ſit abrogata 277), praeſtat, atque *petitur inhibitio iudicialis* & ſimul *ocularis inſpectio*. BERGER. *Oec. iur. L. II. Tit. VI. th. 3. n. 9.* STRYCK. *Vſ. Mod. ad Tit. de nou. op. nunc. ſ. 4.* 278)

§. 5.

Finis eſt, vt nunciatus ſtatim ab aedificatione vel deſtructione deſiſtat, *L. 1. pr. L. 8. ſ. 4. ff. de N. O. N.* Atque ſi contemnens poſt nunciationem pergat in coepto opere, omnia ſuis ſumtibus redintegrare obſtringitur, ſiue iure, ſiue iniuria nouum opus conatus fuerit, *L. 20. ſ. 1.* & *L. 22. ff. eod.* 279) Finis.

§. 6.

Hunc rigorem temperat obſeruantia, vt, iniuſtitia nunciantis manifeſte probata, reſtitutio in priſtinum ſtatum remittatur. Aliud vero obtinet, ſi cauſa dubia ſit. STRYCK. *cit. l. ſ. 15.*

§. 7.

276) Vid. L. 5. §. 10. *ff. de N. O. N.* vbi *de Lapilli ictu.* Quae verba explanant HEINECCIVS *ad Pand. Part. VI.* §. 96. * & LEYSER *ad ff. Spec. 426. Med. 1.* HOM.

277) Sed quum re vera priuata realis vindictam priuatam contineat, plerumque damnoſa eſſe poteſt nuncianti, quoniam nunciatus iuſta ratione vim ab altero inferendam repellere poteſt. MAD.

278) Ad melius probandam priuatam nunciationem vtile quoque eſt, notarium cum teſtibus adhiberi. STRYCK. *c. l.* §. 2. Nunciatio & die feriato fieri poteſt, *L. 1. §. 4. ff. de N. O. N.* HOM.

279) Et praeterea in iudiciali mulctam in inhibitione expreſſam ſoluere tenetur. STRYCK. *cit. loc.* §. 16. HOM.

Digitized by Google

§. 7.

De eius fundam. §. 7-9.

Fundamenta ſunt:

1. *quod nunciatus contra priſtinam formam aedificauerit*, aut *deſtruxerit*,
2. *nunciantis intereſſe* 280).

§. 8.

Iure romano, facta nunciatione, nuncians intra tres menſes intereſſe demonſtrare debet, quo elapſo, neque probato intereſſe, nunciatus ad cautionem 281) admittitur 282), *L. vn. C. de N. O. N.*

§. 9.

Iure Saxon. intra terminum Saxonicum intereſſe 283) demonſtrare tenetur, niſi ex oculari inſpectione ius nunciantis pateat. Si vero temeritas denunciantis ex oculari inſpectione appareat, iudex nunciatum ſtatim

280) Et interuerſum ius perfectum. HOM.

Porro eſt fundamentum

3. *Id, quod aut aedificando, aut deſtruendo inceptum erat, nondum eſſe conſummatum*, quoniam hoc ad fundamentum noui operis nunciationis ideo pertinet, quia iam conſummato nouo opere, haec nunciatio plane locum non habet, ſed potius interdictum quod vi aut clam nuncianti tantum proficuum eſt, quod tamen cum ipſa nunciatione, excepto hoc, eadem habet fundamenta. MAD.

281) De demoliendo & reſtituendo opere. HOM.

282) Permittitur ſcil. nunciato, vt praeſtita cautione in nouo opere pergere poſſit, quod quidem iure noſtro etiam obtinet, ſed terminus probatorius etiam in hoc caſu non eſt ſpatium trium menſium, ſed term. hic probatorius ratione temporis non diuerſus eſt a termino probatorio in ceteris cauſis, indeque ſecundum praxin communem continet ſpatium IV. hebdomadum. MAD.

283) Ex arbitrio iudicis. HOM.

Digitized by Google

ſtatim ad cautionem admittere poteſt 284). CARPZ. *L. I. Reſp. 7.* BERGER. *Oec. iur. loc. cit.* WERNHER. *Sel. obſeru. P. VII. Obſ. 30.*

§. 10.

In hac nunciatione iudex rei ſitae competens eſt. Si vero coram iudice domicilii nuncietur, per requiſitoriales procedendum eſt 285). De comp. iud.

§. 11.

Effectus durat, vsque dum inhibitio caſſetur 286). De effectu N. O. N.

§. 12.

Ad heredes nunciantis effectus nunciationis non tranſit, multo minus ad ſucceſſores ſingulares, niſi iudicialis ſit, *L. 5. ſ. 6. ff. de N. O. N.* vid. BERGER. *Reſol. LL. obſtant ad h. t. qu. 3.* §. 11-13.

§. 13.

Ad heredes vero nunciati vt & ſingulares ſucceſſores effectus nunciationis tranſit 287).

§. 14.

284) Quamuis finis ocularis inſpectionis ſemper principalis ſit, vt exinde de ipſo noui operis facto conſtet, ſimul tamen per accidens fieri poteſt, vt iudex etiam ex oculari inſpectione de iure & praeiudicio nunciantis iudicare poſſit. Quare vel ſimul adparet intereſſe nunciantis, vel non. Pr. in c. ſtatim nunciatus condemnatur ad rem in priſtinum ſtatum reducendam. Poſt. vero vel temeritas nunciantis ex oculari inſpectione adparet, vel minus. Si prius N. O. N. ſtatim reiicienda eſt. Sin poſterius, mandatum inhibitorium de ſiſtendo opere, aut de cautione praeſtanda ad nunciatum dirigitur, quo in caſu intra terminum ordinis nuncians intereſſe ſuum probare debet. MAD.

285) Et praecipue propter ocularem inſpectionem inſtituendam. MAD.

286) Siue potius vsque dum illud ipſum decreto definitiuo tollatur. MAD.

287) Ita tamen, vt ſolum pati debeant reſtitutionem operis, *L. 22. ff. eod.* HOM.

§. 14.

Except. oppon. Exceptiones erunt:

1. *iniuſtitia nunciantis,*
2. *operis priſtinae formae conformis,*
3. *transactionis,*
4. *cautionis praeſtitae.*

Forma nunciationis.

Ew. Hochedelgebl. und Hochwl. Herrl. werde hierdurch vorzuſtellen genöthiget, welchergeſtalt Johann Streitbar ſich unterſtanden, in ſeinem in der Peter-Straße befindlichen, neben meinem eigenthümlichen gelegenen Hauſe, eine Schaalwand im Hofe rechter Hand aufführen zu laſſen, auch bereits etliche Ellen mit deren Erbauung fortgefahren; Wenn mir aber als Beſitzern dieſes eigenthümlichen Hauſes die ſeruitus ne luminibus officiatur zuſtehet, und mir, wenn er in dieſem angefangenen Bau fortfahren ſollte, 4 Stuben und 2 Kammern verfinſtert werden würden; Als ergehet an Dieſelben mein ergebenſtes Bitten, gedachtem Johann Streitbar den fernern Aufbau dieſer Schaalwand vermittelſt eines poenal Mandats ſchleunigſt zu inhibiren, ſo wohl eine ocular-Beſichtigung dieſerhalb anzuſtellen, der ich mit geneigter Deferirung getröſtend verharre ꝛc.

SECT.

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM VIII.

DE

ACTIONE IN FACTVM EX INTERDICTO SALVIANO.

§. 1.

Ratione pignoris creditori pignoratitio duplex actio competit; altera *poſſeſſoria*, altera *petitoria*. Poſſeſſoria eſt haec ACTIO IN FACTVM EX INTERDICTO SALVIANO 288). De act. ex int. Salu. indole §. 1-5.

§. 2.

Datur ea *locatori praedii ruſtici, aduerſus colonum, qui pro mercede res oppignorauit, ad conſequendam earum poſſeſſionem* 289).

§. 3.

DIRECTA actio *domino praedii ruſtici, cui colonus pignus pro mercede obligauit*; VTILIS vero *omnibus creditoribus, quibus res mobiles pignori datae ſunt* 290) competit.

§. 4.

288) Dicatur 1) de autore interdicti Saluiani. Vid. BYNCKERSHOECK *in Obſ. Iur. Lib. I. cap. 24.* I. L. E. PÜTTMANN. Diſſ. *de Saluiano Interdicto.* 2. De differentia vtriusque actionis. HOM.

289) Donec merces cum vſuris ſoluta. Actio haec diuiditur in *directam* & *vtilem*, tam ratione actoris, quam rei. HOM.

290) *Aut in immobilibus hypotheca conſtituta eſt.* HOM.

Digitized by Google

§. 17.

Except. oppon. Exceptiones ſunt:

1. *deficientis dominii* 246),
2. *competentis libertatis naturalis,*
3. *remiſſionis,*
4. *ſeruitutis ad tempus conſtitutae, temporisque elapſi,*
5. *ſeruitutis per non vſum, vel factum contrarium exſtinctae* 247),
6. *ſeruitutis per abuſum amiſſae* 248),
7. *confuſionis,* ſ. *conſolidationis,*
8. *ſeruitutis per interitum totalem fundi exſtinctae,*
9. *conſtituens non fuit dominus* 249),
10. *reſoluti iuris conſtituentis,*
11. *vltimae voluntatis inualidae,*

12. *pre-*

tius, quia alioquin ipſe interruptam poſſeſſionem profiteretur, adeoque quum inde conſtaret, ſeruitutem per praeſcriptionem non eſſe adquiſitam, ſtatim a limine iudicii repelleretur. MAD.

246) Aut alius iuris in re. HOM.

Exceptio auctoris ſub. n. 1. eſſet de iure tertii, ſubſtituenda potius *exc. deficientis legitimationis ad cauſam,* quoniam actor aut proprio nomine praedium dominans poſſidere, aut nomine eius agere debet, qui in poſſeſſione ciuili ipſius praedii dominantis eſt, & cuius nomine naturaliter hoc praedium actu poſſidet, vid. §. 3. n. 3. MAD.

247) Vid. in Saxonia El. DEC. REG. *V. de an. 1746.* HOM.

248) Cum pacto ita conuentum. HOM.

Haec except. ceſſat, quoniam propter abuſum numquam ſeruitus, vti nullum aliud ius, deficiente lege ſpeciali amittitur. Interdicendus ſolum erit abvſus ſub poena pecuniaria aut corporali. MAD.

249) Quia ſi per diſpoſitionem priuatam conſtituenda fuit ſeruitus, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa, ſeruitutis conſtitutio ad iura tantum dominii pertinere poteſt,

12. *precario, clandeſtine, violenter exercitae ſeruitutis,*
13. *praeſcriptionis interruptae,*
14. *deficientis temporis legitimi,*
15. *reſtitutionis in integrum* 250).

Forma Libelli.

Klaget kürzlich, daß obwohl Kläger als eigenthümlicher Beſitzer des Guthes zu N. vermöge eines aufgerichteten und gerichtlich confirmirten Vergleichs berechtiget, auf die zwiſchen N. und N. gelegenen ſogenannten Mogiſchen Wieſen, ſo zu Beklagtens Guthe in Konnewitz gehören, ſein Vieh zu treiben, und zu weiden, auch ſolche Gerechtigkeit bis anhero geruhig exerciret; Beklagter ſich dennoch am 1 Febr. a. c. unterſtanden, aus der libellirten Wieſe einen Teich machen zu laſſen, und Klägern dadurch in der libellirten Servitut zu beeinträchtigen; Wann denn Beklagter in Güte davon nicht abſtehen will; als ꝛc. fordert ꝛc.

Daß Kläger als Beſitzer des Guthes zu N. ſein Vieh auf die libellirten Mogiſchen Wieſen zu treiben und weiden zu laſſen wohl befugt, dahero Beklagter die **libellirte zu einem Teich gemachte Wieſe in vorigen Stand zu ſetzen, aller fernern Turbation bey 20 Thlr. Strafe ſich zu enthalten,** auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

poteſt, propterea quod omnis ſeruitus reſtrictionem proprietatis inuoluat, adeoque nemo eam reſtringere poſſit, niſi cui competit. Si autem aduerſus conſtituentem aut eius heredes agitur, ceſſat, vti & in eo caſu, quo praeſcriptione adquiſita eſt ſeruitus. MAD.

250) Siue in praeſenti lite per modum exceptionis ipſa petatur, ſiue reo iam ante hanc litem conceſſa fuerit. M.

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM VI.

DE

ACTIONE NEGATORIA.

§. 1.

De act. negator. indole §. 1-6. NEGATORIA ACTIO ciuilis & realis eſt, *quae datur* 251) *domino, qui fundum ſuum liberum eſſe aſſerit, aduerſus eum, qui ſeruitutem praetendit, ad fundum liberum a ſeruitute declarandum, & vt reus a turbando deſiſtat, cautionem de non amplius turbando praeſtet, & damna per turbationem data reſarciat* 252).

§. 2.

Datur 253) *domino, qui fundum ſuum a ſeruitute liberum praetendit.* Vtilis tamen actio etiam *illis datur, qui alio iure in re poſſident fundum* 254).

BIBLIOTECA NAZIONALE FIRENZE

§. 3.

251) Act. negat. eſt actio ciuilis, quae datur alicui contra eum, qui ius illius reſtringere conatur, ad hanc remouendam reſtrictionem, & per conſequens non omnis actio negatoria hodie eſt realis, licet iure romano ſemper talis fuerit. MAD.

252) Omniaque in integrum reſtituat. Diſpeſcitur haec actio in *directam* & *vtilem*, tam ratione ſubiecti, quam obiecti. Vid. MENCKEN *in Pand. Lib. VIII. Tit. V.* §. 6. HOM.

253) Directa, ratione ſubiecti. HOM.

254) Huc pertinent vſufructuarius fundi, creditor immiſſus, immo is, cuius intereſt, ne quis in libertate naturali ſua impediatur. Vid. exempla penes BERGERVM in *Oec. Iur. Lib. II. Tit III. theſ.* 22. *n.* 5. ibidemque WINCKLER. HOM.

Digitized by Google

§. 3.

Expedit ſtatim *demonſtrationem dominii* 255) *libello addere* 256), alias enim, reo dominium negante, interlocutoria ſententia fertur 257):

> Daß Kläger vor allen Dingen das Eigenthum des *libellirten* Guthes zu beweiſen 258) ſchuldig.

§. 4.

Datur *contra eum*, *qui ſeruitutem praetendit*, & hoc modo actorem turbat in libertate naturali. Quam ob cauſam *actus turbationis ſpecifice eſt exprimendus*, vt appareat, quod ſit ſeruitute vſus.

§. 5.

Vtilis quoque actio 259) *contra illum competit*, *qui*, *praeter ius ſeruitutis*, *aliud ius ſingulare praetendit*, v. c. ius braxandi (intra milliare in terris Sa-

255) Vel alius iuris in re. HOM.

256) Quae ſit, ſi actor docet, poſſeſſionem ſuam bona fide & iuſto titulo eſſe acquiſitam, nec opus, vt de inueſtitura iudiciali conſtet. Vide in Saxon. El. ORD. PROC. REC. *Tit. XX.* §. *1.* & DECIS. REG. ſ. *de an. 1746.* HOM.

257) Suſpenſa ſeruitutis probatione. HOM.

558) Melius & verius: beyzubringen ſchuldig, worauf ſowohl diesfalls, als auch des vorgeſchützten Befugnißes halber ferner ergehet, was Recht iſt. Dominio deinde haud demonſtrato, reus abſoluitur, quamuis ſeruitutem ſibi competentem non probauerit. WERNHER. *Part. II. Obſ. 419.* HOM.

259) Directa & vtilis, prout iure romano diſtinguebatur, non amplius ſecernuntur, ſed ſi reſpicimus ad ius Germanicum, directa nominatur ea, quae in iuribus ſeruitutis iuris rom. vtilis vero, quae in ſeruitutibus iuris Germanici datur. MAD.

Digitized by Google

Saxon.), ius patronatus, iurisdictionis, eine freye Stube bey denen Balbierern 260).

§. 6.

Finis. Finis actionis eſt:

1. *vt fundus liber declaretur*, e. gr. daß Beklagter auf Klägers libellirten Wieſe mit beladenen Wagen zu fahren nicht befugt.
2. *vt reus a turbatione deſiſtat*, & cautionem de non amplius turbando praeſtet. Hodie vero eius vice petitur: Daß Beklagter ſich aller Turbation bey — Thlr. Strafe zu enthalten 261).
3. *ad reſtitutionem rei in priſtinum ſtatum* 262).
4. *ad fructus per exercitam ſeruitutem percipiendos & perceptos reſtituendos.*
5. *ad damna reſarcienda & expenſas reſtituendas.*

§. 7.

De fundamentis & oi. p. b. §. 7. 10. Fundamenta huius actionis ſunt:

1. *dominium fundi* 263),
2. *libertas naturalis*, vel *negatio* aliquando *oneris*,

3. *tur-*

260) Accuratius hic §. 5. ita ponitur: Vtilis quoque actio ratione obiecti *contra illum competit*, *qui aliud ius ſingulare praetendit in alterius re*, v. g. ius braxandi (intra milliare in terris Saxon. Vid. RESOL. GRAV. *de an. 1612. & 1661. Tit.* von *Inſtitien* Sachen & G. L. MENKEN. Progr. *Ius cereuiſiarium ciuitatum Saxonicarum ad milliare omnino reſtrictum eſſe.* A. F. SCHOTT *in Inſt. Iur. Sax. Lib. I. Sect. II. cap. 3. m. 11.* §. 25.) ius patronatus, iurisdictionis, operarum praeſtandarum, decimarum, venationis, exercendi opificum, cum tamen collegio opificum non ſit adſcriptus. HOM.

261) In Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. *Tit. XXXIX.* §. 1. HOM.

262 Si per exercitium ſeruitutis nempe, aut alius iuris ſpecialis, forma ipſius rei mutata fuerit. MAD.

263) Vel aliud ius in re poſſeſſori competens, vid. §. 2. & 5. MAD.

Fundi ſitus accurate deſcribendus, arg. *L. 6. ff. de R. V.* HOM.

Digitized by Google

3. *turbatio in libertate naturali*, vel *in exercitio iuris communis ſpecialis* 264).

§. 8.

Dominium, vti ſupra iam expoſitum, reo negante, eſt demonſtrandum. Libertatem vero naturalem in hac actione actor probare haud tenetur 265):

1. *quia in negatiua verſatur*,
2. *ob praeſumtionem libertatis naturalis*,
3. *quia ſeruitus*, aut *aliud ius ſpeciale*, *quod alter praetendit*, *facti eſt* 266).

264) Verbum *ſpecialis* deleas, potius loco illius addendum: i. e. *ſecundum regulam competentis*, quod nempe reus per aſſertionem iuris ſingularis reſtringere voluit. MAD.

265) Vel actor in poſſeſſione libertatis eſt, vel reus in poſſeſſione ſeruitutis. Priori in caſu praeſumtio adeſt pro libertate. Poſteriori praeſumtio pro poſſeſſore fortior habetur, *L.* 7. §. *fin. ff. de liber. cauſ.* qua in ſpecie ceſſant, quae auctor in contrarium adduxit. Nam ad 1) actor ſolum probare debet actus, quibus libertatem praedii aut ius ſine reſtrictione exercuit, quod propoſitionem affirmatiuam continet, ad 2) haec praeſumtio a fortiori vincitur, ad 3) praeſumtio pro poſſeſſore liberat reum, modo poſſeſſionem probauerit. Quoad fora Brandenburgica legas ea, quae habet Ill. WOLTAER *Obſeruatt. faſc. II. obſ.* 34. quem librum modo accepimus. MAD.

266) Actor tamen a probatione non eſt immunis, ſi fines actionis negatoriae exceſſit, v. c. ſi in libello dicit, reum ſeruitutem vi, clam & precario hactenus exercuiſſe, aut ſi ſe nititur in extincta, aut reſtricta ſeruitute. MENKEN. *in Pand. Lib. VIII. Tit. V.* §. 9. Diſſentit CH. THOMASIVS in Diſp. *de onere probandi in actione negatoria* §. 22. *ſeqq.* Cum vero praeſumtio libertatis fortior eſt ea, quae ex poſſeſſione oritur, actor probatione non eſt onerandus, ſi reus eſt in ſeruitutis quaſi poſſeſſione. BERGER *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. III. th.* 22. *n.* 8. LEYSER. ad *ff. Spec.* 109. *Med.* 6. HOM.

Digitized by Google

§. 9.

Cum vero in hac actione plerumque reus affirmatiue litem conteſtetur, & exceptionem ſeruitutis conſtitutae opponat 267), *reo iniungitur probatio* des vorgeſchützten Befugniſſes, reſeruata actori reprobatione.

§. 10.

Quod ſi vero reus turbationem neget, eam actor probare tenetur 268). Reliqua ex generali actionum realium explicatione patebunt.

§. 11.

Exceptiones oppon. Exceptiones adplicari poterunt

1. *ſeruitutis conſtitutae,*
2. *priuilegii* 269) *impetrati*, v. g. daß er eine Freyſtube erlanget.
3. *conſuetudinis introductae* 270),
4. *transactionis,*
5. *rei iudicatae.*

Forma

267) Aut priuilegii ſ. iuris ſingularis competentis. MAD.

268) Quod ſi eam probare nequeat, reus abſoluitur. HOMMEL *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 177. HOM.

269) Aut iuris ſingularis. HOM.

270) Conſuetudinis legalis praeter hanc contra legem introductae, cuius beneficii priuilegium ſiue ius ſingulare acquiſitum fuerit, v. c. in decimatione aut iuris bannarii. Seruitus autem conſuetudine introduci nequit. MAD.

Digitized by Google

Forma libelli.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Beklagter, als Beſitzer der Mühle zu Büßritz ſich unterſtanden, von Klägern, daß er ſein Korn in gedachter Mühle mahlen; und ſein Malz daſelbſt ſchroten laſſen ſolle, zu fordern, und Klägern dadurch **in ſeiner natürlichen Freyheit zu turbiren.** Wann denn Beklagter davon in Güte nicht abſtehen will; als iſt ꝛc.

Daß Beklagter von Klägern, daß er ſein Korn in Beklagtens Mühle zu mahlen, desgleichen **ſein Malz daſelbſt ſchroten laſſen ſolle, zu fordern nicht befugt.** Dahero Beklagter ſich diesfalls aller fernern Turbation bey 20 Rthlr. Strafe zu enthalten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM VII.

DE

NOVI OPERIS NVNCIATIONE.

§. 1.

De indole N. O. N. §. 1-6.

NOVI OPERIS NVNCIATIO 271) eſt *legitima prohibitio facta aedificanti,* aut *deſtruenti contra priſtinam formam in praeiudicium eius, cuius propter ius in re intereſt* 272).

§. 2.

Datur *omnibus illis, quorum ex iure in re intereſt, non contra priſtinam formam aedificari,* aut *deſtrui.* Quamobrem & domino, & creditoribus pignoratitiis & illis, quibus ius ſeruitutis 273) in hoc fundo competit, in quorum detrimentum tendit aedificatio vel deſtructio, datur, *L. 3. ſſ. 3.* & *L. 9. ff. de N. O. N.*

§. 3.

Nunciatio *illi fit, qui contra priſtinam formam* aut *aedificat,* aut *deſtruit* 274), atque ſufficit, etiam illis nunciari, qui eius nomine in eo loco, vbi aedificatur vel deſtruitur, praeſentes ſunt 275).

§. 4.

271) Noui operis nunciatio non proprie eſt actio, ſed proteſtatio & prohibitio, qua quis illum, qui nouum opus facit, impedire conatur in perficiendo opere ſuſcepto. MAD.

272) Dicatur, qua ratione hoc remedium differat ab interdicto quod vi aut clam. HOM.

273) Et in Germania, quibus cetera iura realia ex iure Germanico aeſtimandá competunt. MAD.

274) Etiam vni ex pluribus, *L. 3. §. 5. ff. eod.* HOM.

275) V. g. operariis, *L. 5. §. 3. & L. 11. ff. eod.* HOM.

§. 4.

Nunciatio ſuſcipitur vel *priuatim*, aut verbis, aut factis, ſc. disiectione materiae 276), vel *iudicialiter*. Haec, licet hodie priuata non ſit abrogata 277), praeſtat, atque *petitur inhibitio iudicialis* & ſimul *ocularis inſpectio*. BERGER. *Oec. iur. L. II. Tit. VI. th. 3. n. 9.* STRYCK. *Vſ. Mod. ad Tit. de nou. op. nunc. ſ. 4.* 278)

§. 5.

Finis eſt, vt nunciatus ſtatim ab aedificatione vel deſtructione deſiſtat, *L. 1. pr. L. 8. ſ. 4. ff. de N. O. N.* Atque ſi contemnens poſt nunciationem pergat in coepto opere, omnia ſuis ſumtibus redintegrare obſtringitur, ſiue iure, ſiue iniuria nouum opus conatus fuerit, *L. 20. ſ. 1.* & *L. 22. ff. eod.* 279) Finis.

§. 6.

Hunc rigorem temperat obſeruantia, vt, iniuſtitia nunciantis manifeſte probata, reſtitutio in priſtinum ſtatum remittatur. Aliud vero obtinet, ſi cauſa dubia ſit. STRYCK. *cit. l. ſ. 15.*

§. 7.

276) Vid. *L. 5. §. 10. ff. de N. O. N.* vbi *de Lapilli ictu.* Quae verba explanant HEINECCIVS *ad Pand. Part. VI. §. 96.* * & LEYSER *ad ff. Spec. 426. Med. 1.* HOM.

277) Sed quum re vera priuata realis vindictam priuatam contineat, plerumque damnoſa eſſe poteſt nuncianti, quoniam nunciatus iuſta ratione vim ab altero inferendam repellere poteſt. MAD.

278) Ad melius probandam priuatam nunciationem, vtile quoque eſt, notarium cum teſtibus adhiberi. STRYCK. *c. l.* §. 2. Nunciatio & die feriato fieri poteſt, *L. 1. §. 4. ff. de N. O. N.* HOM.

279) Et praeterea in iudiciali mulctam in inhibitione expreſſam ſoluere tenetur. STRYCK. *cit. loc.* §. 16. HOM.

Digitized by Google

§. 7.

De eius fundam. §. 7-9.

Fundamenta ſunt:

1. *quod nunciatus contra priſtinam formam aedificauerit*, aut *deſtruxerit*,
2. *nunciantis intereſſe* 280).

§. 8.

Iure romano, facta nunciatione, nuncians intra tres menſes intereſſe demonſtrare debet, quo elapſo, neque probato intereſſe, nunciatus ad cautionem 281) admittitur 282), *L. vn. C. de N. O. N.*

§. 9.

Iure Saxon. intra terminum Saxonicum intereſſe 283) demonſtrare tenetur, niſi ex oculari inſpectione ius nunciantis pateat. Si vero temeritas denunciantis ex oculari inſpectione appareat, iudex nunciatum ſtatim

280) Et interuerſum ius perfectum. HOM.

Porro eſt fundamentum

3. *Id, quod aut aedificando, aut deſtruendo inceptum erat, nondum eſſe conſummatum*, quoniam hoc ad fundamentum noui operis nunciationis ideo pertinet, quia iam conſummato nouo opere, haec nunciatio plane locum non habet, ſed potius interdictum quod vi aut clam nuncianti tantum proficuum eſt, quod tamen cum ipſa nunciatione, excepto hoc, eadem habet fundamenta. MAD.

281) De demoliendo & reſtituendo opere. HOM.

282) Permittitur ſcil. nunciato, vt praeſtita cautione in nouo opere pergere poſſit, quod quidem iure noſtro etiam obtinet, ſed terminus probatorius etiam in hoc caſu non eſt ſpatium trium menſium, ſed term. hic probatorius ratione temporis non diuerſus eſt a termino probatorio in ceteris cauſis, indeque ſecundum praxin communem continet ſpatium IV. hebdomadum. MAD.

283) Ex arbitrio iudicis. HOM.

Digitized by Google

ſtatim ad cautionem admittere poteſt 284). CARPZ. *L. I. Reſp. 7.* BERGER. *Oec. iur. loc. cit.* WERNHER. *Sel. obſeru. P. VII. Obſ. 30.*

§. 10.

In hac nunciatione iudex rei ſitae competens eſt. Si vero coram iudice domicilii nuncietur, per requiſitoriales procedendum eſt 285). De compet. iud.

§. 11.

Effectus durat, vsque dum inhibitio caſſetur 286). De effectu N. O. N.

§. 12.

Ad heredes nunciantis effectus nunciationis non tranſit, multo minus ad ſucceſſores ſingulares, niſi iudicialis ſit, *L. 5. ſ. 6. ff. de N. O. N.* vid. BERGER. *Reſol. LL. obſtant ad h. t. qu. 3.* §. 11-13.

§. 13.

Ad heredes vero nunciati vt & ſingulares ſucceſſores effectus nunciationis tranſit 287).

§. 14.

284) Quamuis finis ocularis inſpectionis ſemper principalis ſit, vt exinde de ipſo noui operis facto conſtet, ſimul tamen per accidens fieri poteſt, vt iudex etiam ex oculari inſpectione de iure & praeiudicio nunciantis iudicare poſſit. Quare vel ſimul adparet intereſſe nunciantis, vel non. Pr. in c. ſtatim nunciatus condemnatur ad rem in priſtinum ſtatum reducendam. Poſt. vero vel temeritas nunciantis ex oculari inſpectione adparet, vel minus. Si prius N. O. N. ſtatim reiicienda eſt. Sin poſterius, mandatum inhibitorium de ſiſtendo opere, aut de cautione praeſtanda ad nunciatum dirigitur, quo in caſu intra terminum ordinis nuncians intereſſe ſuum probare debet. MAD.

285) Et praecipue propter ocularem inſpectionem inſtituendam. MAD.

286) Siue potius vsque dum illud ipſum decreto definitiuo tollatur. MAD.

287) Ita tamen, vt ſolum pati debeant reſtitutionem operis, *L. 22. ff. eod.* HOM.

§. 14.

Except. oppon.

Exceptiones erunt:

1. *iniuſtitia nunciantis,*
2. *operis priſtinae formae conformis,*
3. *transactionis,*
4. *cautionis praeſtitae.*

Forma nunciationis.

Ew. Hochedelgebl. und Hochwl. Herrl. werde hierdurch vorzuſtellen genöthiget, welchergeſtalt Johann Streitbar ſich unterſtanden, in ſeinem in der Peter-Straße befindlichen, neben meinem eigenthümlichen gelegenen Hauſe, eine Schaalwand im Hofe rechter Hand aufführen zu laſſen, auch bereits etliche Ellen mit deren Erbauung fortgefahren; Wenn mir aber als Beſitzern dieſes eigenthümlichen Hauſes die ſeruitus de luminibus officiatur zuſtehet, und mir, wenn er in dieſem angefangenen Bau fortfahren ſollte, 4 Stuben und 2 Kammern verfinſtert werden würden; Als ergehet an Dieſelben mein ergebenſtes Bitten, gedachtem Johann Streitbar den fernern Aufbau dieſer Schaalwand vermittelſt eines poenal Mandats ſchleunigſt zu inhibiren, ſo wohl eine ocular-Beſichtigung dieſerhalb anzuſtellen, der ich mit geneigter Deferirung getröſtend verharre ꝛc.

SECT.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM VIII.

DE

ACTIONE IN FACTVM EX INTERDICTO SALVIANO.

§. 1.

Ratione pignoris creditori pignoratitio duplex actio competit, altera *poſſeſſoria*, altera *petitoria*. Poſſeſſoria eſt haec ACTIO IN FACTVM EX INTERDICTO SALVIANO 288). De act. ex int. Salu. indole §. 1-5.

§. 2.

Datur ea *locatori praedii ruſtici, aduerſus colonum, qui pro mercede res oppignorauit, ad conſequendam earum poſſeſſionem* 289).

§. 3.

DIRECTA actio *domino praedii ruſtici, cui colonus pignus pro mercede obligauit*; VTILIS vero *omnibus creditoribus, quibus res mobiles pignori datae ſunt* 290) competit.

§. 4.

288) Dicatur 1) de autore interdicti Saluiani. Vid. BYNCKERSHOECK *in Obſ. Iur. Lib. I. cap.* 24. I. L. E. PÜTTMANN. Diſſ. *de Saluiano Interdicto.* 2. De differentia vtriusque actionis. HOM.

289) Donec merces cum vſuris ſoluta. Actio haec diuiditur in *directam* & *vtilem*, tam ratione actoris, quam rei. HOM.

290) *Aut in immobilibus hypotheca conſtituta eſt.* HOM.

Digitized by Google

§. 4.

Directa actio tantum contra ipſum debitorem 291) pignus poſſidentem competit. Vtiliter autem 292) *contra tertium* conceditur, *qui ab oppignorante cauſam habet*, non contra alios tertios poſſeſſores, *L. 1. C. de prec. & Salu. interd.* 293) STRYCK. *de act. for. Sect. II. m. 5. ſſ. 10.*

§. 5.

Finis. Finis ad poſſeſſionem conſequendam tendit, adeoque male ad declarandum hypothecarium ius dirigitur petitum, neque alternatiua petitio admittitur. STRYCK. *Vſ. Mod. de Interd. Saluiano* 294).

§. 6.

---

291) Add. colonum. HOM.

292) Inſeratur h. l. *contra inquilinum, aliosque debitores, qui res oppignoratas adhuc poſſident, imo contra &c.* HOM.

293) *L. 1. ff. de Salu. interd.* IVLIANVS hoc interdictum tribuit aduerſus *extraneum*, in *L.* autem *1. C. all. Imp.* GORDIANVS *id tantum aduerſus conductorem debitoremue competere ait.* Pugna inter has leges ponenda praeferenda eſt ſine dubio *L. 1. C.* Fruſtra conciliatio quaeritur. Diuerſe hac in re ſentiunt IO. CH. PESLER diſſ. *de Saluiano interdicto aduerſus quemcunque rerum oppignoratarum poſſeſſorem competente.* Frf. ad Viadr. 1750. IOH. LVD. ERN. PÜTTMANN. diſſ. *de Saluiano interdict.* Lipſ. 1773. IO. TOB. CARRACH. diſſ. *Obſeruatt. quaedam ad interdictum Saluianum.* Hal. 1774. MAD.

Actionem hanc nunquam contra tertium poſſeſſorem dari rectius edocent BOEHMER. *de Act. Sect. II. c. 3. §. 101.* & HEINECCIVS *in Pand. Part. VI. §. 353.**. Diſſentit I. CH. PESLER. in cit. diſſ. HOM.

294) Libellus vero ob petitum alternatiue formatum in Saxonia El. non reiicitur. ORD. PROC. REC. *Tit. V. §. 2.* HOM.

Digitized by Google

§. 6.

De eius fundam. §. 6-8.

Fundamenta in eo conſiſtunt:

1. *quod debitor* 295) *illam rem nobis* 296) *oppignorauerit,*

2. *quod conſtituens pignus, tempore oppignorationis* 297), *poſſeſſor rei oppignoratae fuerit.* An dominus fuerit, in conſiderationem non venit in hoc poſſeſſorio iudicio,

3. *quod reus illud pignus poſſideat.*

§. 7.

Haec fundamenta probare tenetur actor. In qua probatione ſequentia obſerues:

1. *ſummaria demonſtratio* (extra Sax.) *tantum requiritur*, cum omnes poſſeſſoriae actiones ſummario proceſſu pertractentur 298),

2. *exceptiones iuris petitorii non attenduntur* 299),

3. *remedia ſuſpenſiua contra ſententiam admitti non ſolent* 300),

4. *ſi*

295) Colonus aut Inquilinus. HOM.

296) Expreſſe vel tacite. HOM.

297) Sed nec id requiritur, ſufficit factum oppignorationis, licet poſtea poſſeſſionem rerum oppignoratarum conſecutus fuerit, modo eas poſſideat tempore actionis inſtitutae. MAD.

298) Quod tamen iure communi, excepto poſſeſſorio ſummario, negandum. MAD.

299) Colonum v. c. non habuiſſe facultatem de re diſponendi, eamque oppignorandi. HOM.
Quoniam in hac actione de iure pignoris ipſo non diſceptatur. MAD.

300) Sed iure com. omnino admittuntur, adeo, vt ſi non admitti debeant, ſpecialis ordinationis proceſſualis diſpoſitio requiritur. MAD.

4. *ſi contra tertium poſſeſſorem agatur*, debitorem principalem non eſſe ſoluendo *probandum eſt* 301).

§. 8.

Cum vero iure Saxon. proceſſus ſummarius in ORD. PROC. REC. *App. ſ. 1.* ſit abrogatus, & retentus tantum in poſſeſſorio ſummariiſſimo, in quo de retinenda, non vero de adquirenda poſſeſſione contenditur, facile patet, parum vtilitatis hanc actionem praeſtare, ſi ordinario proceſſu procedatur. Eamque ob cauſam plerumque ſtatim actio hypothecaria inſtituitur 302).

§. 9.

De competentia iudicis. Index competens eſt in hac actione, iudex domicilii. Plerique tamen, qui hoc interdictum & inde actionem oriundam vel realem, vel minimum in rem ſcriptam eſſe aiunt, contendunt, quod etiam in foro rei ſitae inſtitui poſſit 303).

§. 10.

301) Sed ſi etiam daretur contra tertium poſſeſſorem, exceptio excuſſionis ad petitorium iudicium pertineret, in hac actione, vbi de ſola poſſeſſione adquirenda agitur, reiicienda. MAD.
Si verum eſt, praeſentem actionem non dari contra tertium, ceſſat hoc fundamentum, eiusque probatio. Imo in inſtituta actione hypothecaria actor in Saxon. El. hoc probare non debet, cum poſſeſſor non gaudeat beneficio excuſſionis. Vid. DECIS. REG. *VII. de an. 1746.* HOM.

302) Vtiliter tamen adhuc cumulatur cum interd. Salviano. Hac enim ratione neceſſum non eſt probare, debitorem tempore oppignorationis rei dominum fuiſſe, cum iam ſufficiat eius poſſeſſio probata. STRYCK. *de Act. For. loc. cit.* §. *10. in fin.* HOM.

303) Praeſertim ſi praedium iudicialiter oppignoratum. ORD. PROC. REC. *Tit. XLIV. ſ. 1.* HOM.
In eodem foro haec actio poſſeſſoria inſtitui poteſt, in quo actiones poſſeſſoriae in genere inſtitui poſſunt. MAD.

Digitized by Google

§. 10.

Competit quoque per XXX annos, cum actiones ex interdictis defluentes, atque rei perſecutoriae, ſua natura ſint perpetuae 304), *L. 1. §. fin. ff. de interdict.* 305) De eius durat.

§. 11.

Exceptiones potiores erunt,

1. *rei a debitore tempore oppignorationis non poſſeſſae* 306), Except. oppon.
2. *poſſeſſionis a debitore non acceptae* 307),
3. *excuſſionis*, ſi contra tertium poſſeſſorem agatur 308).

Forma Libelli.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Beklagter ihm vor zwey Jahren ſein Guth zu N. vor 250 Rthlr. jährlichen Pacht abgepachtet, und in ſelbiges 500 Stück Schaafe gebracht, ſo derſelbe zu **mehrerer Verſicherung des Pachtzinſes halber zum Unterpfande eingeſetzet** 309). Wann

304) Actio haec in factum non tam ex iure reali deſcendit, quam ex iure poſſeſſionem habendi, indeque poſſeſſoriis adnumeratur in hoc capite. MAD.

305) In Sax. El. additur annus ſaxonicus. HOM.

306) Haec exceptio ceſſat, quoniam ratione oppignorantis idem eſſe debet, an tempore oppignorationis poſſederit, nec ne, & ratione tertii poſſeſſoris non datur, adeoque & 2 & 3. except. deficit. MAD.

307) Auctor enim diſtinguit §. 4. vtrum tertius a debitore, aut ab alio poſſeſſionem acceperit. MAD.

308) Vid. tamen antec. dicta in notis, & add.
4) *oblatae mercedis*, *ſed ſine cauſa non acceptae*,
5) *pignoris remiſſi*,
6) *ſolutionis*, *compenſationis*. HOM.

309) Inſeratur hoc loc. und an welchen Kläger überdieß ein ſtillſchweigendes Unterpfand deshalb hat. HOM.

aber Beklagter Klägern 500 Rthlr. Pachtzins ſchuldig verblieben, und wie Kläger vernehmen müſſen, die 500 Stück Schaafe wegzutreiben vermeinet, ſo Kläger nicht geſchehen laſſen kann. Als iſt Kläger ꝛc. fordert ſummariſche Antwort:

Daß Beklagter die 500 Stück Schaaf-Vieh in Klägers Gewähr und Poſſeß, ſo lange, bis derſelbe wegen des rückſtändigen Pachtgeldes, und davon aufgelaufenen Intereſſen, ſo wohl derer verurſachten Schäden und Unkoſten halber befriediget, **zu übergeben** ſchuldig.

SECT.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM IX.

DE
ACTIONE HYPOTHECARIA.

I.

HYPOTHECARIA ACTIO *praetoria* eſt. Iure enim ciuili ſtricto ob deficientem traditionem, hypotheca pro vero iure reali haberi haud poterat, cum ius in re nuda conuentione non conſtituatur, *L. 20. C. de pact.* 310) De act. hypoth. indole §. 1-5.

§. 2.

Iure praetorio directa actio, SERVIANA nempe, tantum locatori praedii ruſtici dabatur, ſed deinde vtili interpretatione omnibus creditoribus pignoratitiis eſt adplicata, & dicta QVASI SERVIANA 311).

§. 3.

Conceditur haec actio *tam contra debitorem, quam tertium quemuis poſſeſſorem* 312), cui tamen ſecundum

310) Praetor SERVIVS vero hoc pactum nudum poſtea ad effectum producendi actionem realem confirmavit. HOM.

311) Quae quaſi ſeruiana actio ex iure ciuili in ſpecie ſic dicto i. e. ex interpretatione ICtorum enata vna cum ſeruiana directa praetoria, deinde dicebatur generali denominatione *actio hypothecaria L. 3. §. 3. ad exhib.* adeo, vt ea nunc non amplius dici poſſit actio praetoria. MAD.

Datur haec actio hypothecaria *cuicunque creditori, cui ius pignoris expreſſe, aut tacite conſtitutum eſt, contra quemuis rei oppignoratae poſſeſſorem, ad rem oppignoratam conſequendam, donec creditori ſatisfactum.* HOM.

312) Siue a debitore, ſiue ab alio cauſam habeat, tam fictum, quam verum. HOM.

Digitized by Google

cundum *Nou. 4. c.* 2. beneficium excuſſionis competit 313).

§. 4.

Finis. Finis eſt, vt actor rem oppignoratam conſequatur, vsque dum de debito, tam ratione ſortis, quam vſurarum 314), ſatisfactum eſt 315).

§. 5.

313) Huius beneficii excuſſionis intuitu diſtingu. vel contra ipſum debitorem agitur, qui res tam generaliter, quam nominatim oppignoratas poſſidet, vel aduerſus tertium hypothecae poſſeſſorem. Si *prius*, vel debitor ius variandi pacto adiecto creditori indulſit, vel non. Priori in caſu debitori non competit exceptio excuſſionis, poſteriori vero prius rem ſpecialiter oppignoratam excutere debet creditor agens, antequam hypothecas generales adgredi poſſit, *L.* 2. C. *de pign. & hyp.* Sin *poſterius*, poſſeſſori tam hypothecae generalis, quam ſpecialis competit beneficium ordinis, vt ſcil. debitor principalis prius excutiendus ſit. In Nou. enim 4. c. 2. quatuor poſuit Imp. ordines, 1) debitor eiusue heres 2) fideiuſſores eiusue heredes, 3) poſſeſſores rerum a debitore obligatarum, 4) poſſeſſores rerum hypothecariarum fideiuſſoris. Sub. nr. 3. etiam poſſeſſores hypothecae ſpecialis, propterea, quod lex in genere loquatur, & Nou. 112. cap. 1. tunc demum hypothecam ſpecialem *litigioſam* ponat, ſi poſt litem motam ea a debitore alienata fuerit, ſubintelligendos eſſe, & *Nou.* 112. *Nou.* 4. non derogare contra FR. CAR. CONRADI diſſ. *de beneficio excuſſionis poſſeſſori hypothecae ſpecialis non competente. Helmſt.* 1747. oſtendit IO. CHR. KOCH diſſ. *de beneficio excuſſionis tertio hypothecae ſpecialis poſſeſſori competente.* Gieſſ. 1771. Etiam poſſeſſori hypothecae generalis excuſſionis exceptionem tribuunt, vt prius hypotheca ſpecialis excutiatur, arg. *L.* 2. *C. de pign.* MAD.

In Saxon Elect. beneficium excuſſionis tertio non competit, vi DECIS. REG. *VII. d. a.* 1746. HOM.

314) Imo expenſarum erogatarum. HOM.

315) Confer. BERGER *in Oec. Iur. L. II. Tit. V. th.* 10. *n.* 2. & LEYSER. *Spec.* 224. *Med.* 5. HOM.

Digitized by Google

§. 5.

Petitum alternatiuum, vt ſcilicet *poſſeſſor* vel *ſoluat debitum cum vſuris*, vel *actori rem oppignoratam tradat*, actionis naturae plane non conuenit 316), cum petitum, *vt ſoluat*, ex contractu ſit, hic vero in actione hypothecaria fundamentum non conſtituit. Solet tamen libellus alternatiuum petitum continens ſuſtineri. *Condemnatoria* vero *ſententia alternatiue concipi nequit* 317).

§. 6.

Actione contra ipſum debitorem inſtituta, alternatiua petitio quidem rectius adhibetur 318), quod tamen ex natura huius actionis hypothecariae non dimanat, *ſed ex cumulatione condictionis certi ex mutuo, & actionis hypothecariae* 319).

316) Licet tertius poſſeſſor conuentus, offerendo debitum, a reſtitutione rei ſe liberare queat, *L. 16. ƒ. 3. ff. de pignor. & hypoth.* HOM.

317) Ita inprimis iur. Sax. El. ob ORD. PROC. REC. *Tit. V. ƒ. 2.* HOM.

318) Sic litem practicorum, vtrum in actione hypothecaria petitum alternatiuum admittendum ſit, hac diſtinctione, vtrum vel aduerſus tertium poſſeſſorem, vel aduerſus ipſum debitorem agatur, optime diremit, vid. Knorre Einl. S. 31. recteque aduertit, in poſteriori caſu actionem hypothecariam cumulari cum condictione certi ex mutuo. Illud addendum, non ſolum hanc condictionem, ſed & alias actiones perſonales cum hac hypothecaria coniungi poſſe, in iisque ſemper admittendum petitum alternatiuum, quoniam hypotheca tantum in ſubſidium & ſecuritatem alterius obligationes adimpletas iri conſtituatur. MAD.

319) Quodſi reus rem dolo deſiit poſſidere, actor admittitur ad iusiur. in litem, ſin culpa, condemnatur, quantum exinde factus eſt locupletior, ſin caſu poſſeſſionem amiſit, abſoluitur, *L. 16. §. 3. ff. de pignor. & hypoth.* HOM.

Digitized by Google

§. 7.

Eius fundam. §. 7-16. Requiſita huius actionis ſunt:

1. *debitum principale,*
2. *ius pignoris conſtitutum,*
3. *quod reus poſſideat rem hypothecae nexu obligatam,*
4. *debitorem principalem non eſſe ſoluendo, ſi ſcil. contra tertium poſſeſſorem agitur* 320).

§. 8.

Si ex tacita hypotheca actio intenditur, *fundamentum,* ſiue cauſa, *ex qua leges tacitam hypothecam introduxerunt, exprimendum venit.*

§. 9.

Ratione iuris pignoris conſtituti reſpicias, vtrum *tacita*, an *expreſſa* hypotheca ſit, & *tacita* quidem, cum ipſa lege inducatur, *probatione non indiget,* bene autem *expreſſa* 321).

§. 10.

In expreſſa 322) hypotheca probandum:

1. *ius conſtituendi pignus*, *quod conſtituens eo tempore habuit,*
2. *quod legitimo modo hypotheca ſit conſtituta.*

§. 11.

320) Quod in Saxonia El. ob DECIS. REG. *VII.* cit. ceſſat. HOM.

321) Siue per actum inter viuos, ſiue per modum vltimae voluntatis ſit conſtituta. HOM.

322) Vel a iudice conſtituta eſt, vel ab ipſo debitore. Priori in caſu probatur per ipſum decretum, quo actori hypotheca conſtituta eſt, cetera non requiruntur; poſteriori autem in caſu probandum eſt 1) quod forma praeſcripta conſtituta ſit, 2) debitorem ius oppignorandi habuiſſe, & in hoc caſu vel rem tamquam propriam vel tanquam alienm oppignorauerit. MAD.

Digitized by Google

§. 11.

In probatione iuris conſtituentis, dominium ipſius probandum eſt 323), WERNHERVS tamen *in ſel. obſ. for. P. II. Obſ. 484.* praeſumtum dominium ſufficere contendit, ſcil. quod eo tempore ex titulo, ad transferendum dominium habili, poſſederit 324).

§. 12.

Iure Saxon. 325) quoad modum conſtituendi, in immobilibus requiritur iudicialis hypotheca & quidem 326)

1. *coram eo, qui inferiorem habet iurisdictionem,*
2. *competentem ratione rei ſitae* 327),

323) Si contra tertium poſſeſſorem agitur. HOM.

324) Si contra debitorem aut eum, qui a debitore cauſam habet, experimur. BOEHMER. *de Act. Sect. II. c. 3. §. 97.* HOM.

325) Iure Brandenburgico publica ſolum praeferuntur priuatis, & in his publicis vel ingroſſatio ſiue intabulatio ſecuta eſt, vel non. Priori in caſu etiam publicis non intabulatis praefertur, poſteriori vero ſolum praefertur tacitae non intabulatae & extraiudiciali. *Cod. Frid. Part. IV. Tit. IX. §. 97. ſeq.* Hypothecae igitur tacitae etiam ingroſſationem requirunt, ſi cum ingroſſatis in eodem ordine concurrere volunt. MAD.

326) In libris conſenſualibus annotanda. HOM.

327) Iudicis tamen conſenſus in fundis feudalibus Saxonicis El. non vltra dimidiam partem, in allodialibus vero non vltra duas partes tertiae pretii, in nouiſſimo acquiſitionis inſtrumento definiti, aut aeſtimatione, ex iuſta cauſa denuo facta, conſtituti extendi debet. Lehns- MANDAT *de an. 1764.* & MANDAT Wegen derer, bey Ertheilung derer Conſenſe — zum Grunde zu legenden gerichtl. *Taxationen de an. 1772.* Iung. CH. L. CRELLII Progr. *de actione aduerſus magiſtratum, hypothecam in rebus iam aliis obligatis conſtituentem, creditori competente.* HOM.

Digitized by Google

3. *ſi bona oppignoranda ſint cenſitica*, vel *emphyteutica* 328), *domini cenſus*, vel *emphyteuſeos* 329) *conſenſus* quoque *eſt neceſſarius*, vid. Landr. *L. 1. art. 8. P. II.* CONST. EL. 23. ORD. PROC. SAX. VET. *Tit. XLVI.* §. 5. ORD. PROC. REC. *Tit. XLVI.* §. 3. Lehns-MANDAT. *de an. 1764*.

§. 13.

Poſſeſſionem quod ſpectat, hoc tantum notes, quod, cum tertio poſſeſſori per *Nou. 4. c. 2.* beneficium excuſſionis competat, fundamentum in libello poni debeat, *quod debitor principalis non ſit ſoluendo*.

§. 14.

Sed ſecundum DEC. SAX. REG. *VII. de anno 1746.* tertio poſſeſſori, quoad rem immobilem oppignoratam, beneficium excuſſionis amplius non competit 330).

§. 15.

Si poſſeſſor tertius ſciens, rem alteri oppignoratam eſſe, eam comparauerit, etiam extra Saxoniam beneficium excuſſionis ceſſare ſtatuunt. Quod, quamuis principiis iuris demonſtrari nequeat, obſeruantia 331) tamen receptum deprehendo. Eam ob rem conſilii erit, etiam hanc poſſeſſoris ſcientiam probare, ad excludendum beneficium excuſſionis.

§. 16.

328) Vel *feudalia*. HOM.

329) Vel *feudi*, & *ſimultanee inueſtitorum*. HOM.

330) Ne tum quidem, ſi vel in acquiſitione fundi hanc exceptionem ſibi reſeruauerit, vel creditor poſt factam iam alienationem vſuras ab ipſo debitore acceperit. Praeterea, cum hypothecae ſint indiuiduae, poſſeſſor exceptione *plurium heredum & diuiſionis* ſe tueri nequit. BERGER *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. V. th. 13. n. 6.* HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ. 62.* HOM.

331) In quibusdam prouinciis recepta non vero iure communi. MAD.

Digitized by Google

§. 16.

Actio haec etiam proceſſu executiuo inſtitui poteſt 332), modo omnia capita ex documentis conſtent 333).

§. 17.

Praeſcriptio huius actionis triplici modo conſideranda eſt. *Contra tertium bonae fidei poſſeſſorem* inter praeſentes decem & inter abſentes viginti annos durat, *L.* 2. *C. ſi adu. cred. praeſcr. opp.* *Contra tertium malae fidei poſſeſſorem*, qui ſcilicet hypothecam ſciuit, per 30 annos datur, *L.* 7. *C. de praeſcr.* 30 *vel* 40 *ann.* Contra *ipſum* vero *debitorem poſſidentem rem oppignoratam*, aut eius heredes per 40 annos demum exſpirat, *L.* 7. *C. cit.* Haec vero de debitore poſſidente dicta de eo tantum caſu intelligas, ſi ob interpellationem creditoris, ipſi debito principali haud ſit praeſcriptum, alias enim corruente per praeſcriptionem 30 annorum debito principali, & pignus, tamquam acceſſorium, ſimul interit 334). De praeſcriptione h. a.

§. 18.

332) Sed quum ad proceſſum executiuum requiratur, vt omnia fundamenta actionis per documenta guarentigionata ſtatim probentur, difficile autem per documenta probari poſſit, reum rem hypothecariam poſſidere, actio etiam hypothecaria non facile proceſſu executiuo inſtitui poteſt, quod tamen procedit, ſi aut poſſeſſio notoria eſt, aut per documenta etiam guarentigionata probari poteſt. MAD.

333) Hinc ſi contra tertium agitur, eiusque poſſeſſio ex documentis, aut propria confeſſione non apparet, litis conteſtatio exigi, & in caſu negationis iusi. deferri nequit, cum ſit inepta cumulatio proceſſus executiui cum ordinario, quam ORD. SAX. PROC. REC. *in App.* §. 7. non admittit. Diſſentiunt tamen ICti Lipſienſes. HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ.* 155. HOM.

334) Iure Saxonico haec actio, ſi tertius fundum oppignoratum poſſidet, XXXI. an. VI. ſept. & III. diebus;

Digitized by Google

§. 18.

Terminus a quo huius praeſcriptionis, a tempore venientis diei, ratione principalis debiti, computari debet.

§. 19.

Exceptiones oppon.

Exceptiones hae ſunto:

1. *deficientis iuris pignus conſtituendi* 335),
2. *conuentionis inualidae*,
3. *vltimae voluntatis nullius*, *ruptae*, *deſtitutae*, *irritae*, *inofficioſae* 336),
4. *deficientis confirmationis iudicialis* 337),
5. *deficientis conſenſus domini directi*, vel *domini cenſus*,
6. *excuſſionis* 338),
7. *praeſcriptionis*,
8. *expreſſe remiſſi iuris hypothecarii*,
9. *alienationis rei oppignoratae creditoris conſenſu factae*,

10. con-

bus; ſin ipſe debitor, ſicut iure ciuili, *XL* annis praeſcribitur. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. II. Tit. V. th. 16.* HOM.

335) A tertio poſſeſſore ſolum, non a debitore opponi poteſt. MAD.

336) Sed iure recentiori in teſtamento inofficioſo, praeter heredis inſtitutionem directam, cetera capitula teſtamenti, adeoque & pignoris conſtitutio, ſalua manent, *Nou. 115. c. 3. 4.* MAD.

337) Pertinet ſolum ad Saxonia fora, vid. §. [illegible]. MAD.

338) Quae in Sax. El. ceſſat iuxta DECIS. REG. *VII. de an. 1746.* HOM.

10. *conſenſus in vlteriorem oppignorationem dati* 339, & ſic
11. *iuris pignoris tacitae remiſſionis,*
12. *debiti principalis exſtincti,*
13. *hypothecae per ſubhaſtationem neceſſariam ſublatae* 340),
14. *hypothecae ad tempus reſtrictae* 341).

Forma libelli.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Caius ihm die Gaſt-Nahrung ſeines Gaſthofs in der Peters-Straße des ſogenannten Trebitzer-Hofes, auf zwey Jahre, von Oſtern 1742. bis Oſtern 1744. vor 400 Rthlr. jährlich abgepachtet, und zu mehrerer Sicherheit ihm ſein in der Grimmiſchen Straße zwi-

339) Absque reſeruatione iuris ſui hypothecarii. MAD. Quae etiam in Sax. El. exulat, nec inducit remiſſionem pignoris, ſecundum ORD. PROC. VET. *Tit. XLVI.* §. *10.* HOM.

340) Haec exceptio vſu fori in Germ. introducta eſt, propter formam ſubhaſtationis, quae in iudiciis Germ. ſeruatur, adeo, vt etiam in terris Brandenburgicis, neque minor reſtituatur, aduerſus alienationem praevia ſubhaſtatione factam. Sed ſemper requiritur, vt edictalis citatio creditorum hypothecariorum praemittatur, antequam illa res valide auctoritate iudicis vendi poſſit, & ſi haec edictalis citatio praemiſſa eſt, tam in ſubhaſtatione neceſſaria, quam voluntaria hypotheca illius creditoris per decretum iudicis adiudicationis extinguitur, qui in illo termino non comparuit, ad ius ſuum hypothecae perſequendum, atque adeo non proprie ex ſubhaſtatione ipſa, ſed potius per citationem peremtoriam & contumaciam ipſius creditoris hypothecarii in termino peremtorio non comparentis extinguitur. MAD.

341) Addatur.
15) *except. rei oppignoratae totalis caſualis interitus.* HOM.

Digitized by Google

zwiſchen Stichi und Pamphili Hauſe gelegenes Haus, mit obrigkeitlichem Conſens zum ausdrücklichen Unterpfande eingeſetzt; Wenn aber gedachter Caius dieſes verpfändete Haus an Beklagten verkaufet, und demſelben gerichtlich übergeben, der daſſelbe auch annoch beſitzet, Kläger hingegen vom Caio die ſchuldigen 800 Rthlr. zweyjähriges Pachtgeld nebſt den aufgelaufenen Intereſſen nicht erhalten, auch bey der in deſſelben Vermögen vollſtreckten Hülfe nicht mehr als 100 Rthlr. erlangen können; Als iſt Kläger wider Beklagten, als jetzigen Beſitzer des verpfändeten Hauſes zu klagen genöthiget worden, fordert Einlaſſung und Antwort ꝛc.

Daß Beklagter das *libellir*te Klägern gerichtlich verpfändete Haus demſelben ſo lange, bis er wegen der rückſtändigen 700 Rthlr. Pachtgeld und aufgeſchwollenen Intereſſen zu ſeiner Befriedigung gelanget, abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig. Worauf mit Subhaſtation ſothanen Hauſes *eventualiter* zu verfahren gebeten haben will.

SECT.

Digitized by Google

SECT. I. CAP. II.

MEMBRVM X.

DE
ACTIONIBVS EX POSSESSIONE ORIVNDIS.

§. 1.

Possessio eſt, *quando quis rem animo ſibi habendi tenet.* Ex quo latiſſime patet, de iis actionibus tantum, quae ex interdictis retinendae poſſeſſionis oriuntur, hic agi, non de iis, quae ex interdictis acquirendae, aut recuperandae poſſeſſionis defluunt. Poſſeſſio enim iam noſtro nomine adquiſita, quamque adhuc tenet, ratione iuris in re requiritur 342). De act. poſſeſſ. indole §. 1-10.

§. 2.

POSSESSORIA ACTIO IN FACTVM 343) ex interdictis *retinendae poſſeſſionis* deſcendens, datur *in poſſeſſione conſtituto, aduerſus quemuis turbantem, ad declarandam actoris poſſeſſionem, & vt tur-*

342) Vt contra quosuis turbantes agi queat. HOM.

343) *In factum* dicitur, quoniam actiones poſſeſſionem reſpicientes ex interdictis praetorum ortae ſunt. In genere actio poſſeſſoria eſt actio, quae alicui competit propter poſſeſſionem ſeu ius poſſidendi aduerſus eum, qui facto ſuo aut poſſeſſionem turbat, aut illi denegat, ad quem illa iure pertinet, adeoque datur actio *ad defendendam, ad recuperandam & ad adipiſcendam poſſeſſionem.* Quum vero prima, ex interdictis retinendae poſſeſſionis orta, ſummario tantum proceſſu iure communi tractatur, ceteris ad ordinarium reiectis, factum inde eſt, vt interpretes primam ſolum ſub actione poſſeſſoria intelligant atque exponant. MAD.

Digitized by Google

turbans a turbatione deſiſtat, & *damna per turbationem data reſarciat* 344).

§. 3.

Diſtinguas itaque curate poſſeſſoria & petitoria iudicia. PETITORIVM dicitur, *quando de iure* 345) *lis eſt.* POSSESSORIVM vero, *quando* aut *de facto poſſeſſionis*, aut *de eius qualitate contenditur* 346).

§. 4.

344) Omniaque in integrum reſtituat. HOM.

345) De iure actori competente, praeter poſſeſſionem atque ius poſſidendi. MAD.

346) De vtrisque iudiciis ſequentes ſunt notatu dignae obſeruationes:

1. Poſſeſſorium prius, petitorium deinde eſt inſtituendum, cum in illo commodius eſt agere, quam hoc, *L. 3. C. de interd.* Exc. eſt, ſi a) actor in petitorio ab onere probandi immunis eſt, vt in act. negatoria. HORN. *Cl. VI. Resp. 15.* b) probationes petitorii in continenti liquidae ſunt. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. IV. Tit. XXX. th. 5. n. 12.*
2. Poſſeſſorio inſtituto, iudex de iure in petitorio iudicare nequit, ſi proteſtatio DECIS. SAX. EL. 13. adhibita.
3. Petitorio inſtituto, iudex ſuper poſſeſſorium pronunciare nequit, licet reus poſſeſſionem alleget & probet. WERNHER. *Part. IV. Obſ. 149.* Exceptio eſt, ſi petitorium tumultuarie ventilatum eſt, tunc ſi de poſſeſſione rei liquido conſtat, integrum eſt iudici, in poſſeſſorio ſententiam pro reo ferre, reſeruato ſimul actori petitorio melius inſtituendo. BERGER *in El. Proc. Poſſ. §. 42.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 278.* HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ. 315.*
4. Poſſeſſorium ordinarium cum petitorio cumulari poteſt, ſed non cum hoc ſummarium poſſeſſorium regulariter in iisdem actis, bene vero diuerſis. BERGER. *in Oec. Iur. l. c.* WERNHER. *Part. VII. Obſ. 243.*
5. Actor, qui in petitorio agere coepit, ab hoc deſiſtere, & poſſeſſorio remedio vti poteſt, *L. 12. §. 1. ff. de acquir. poſſ.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 475.*

6. Co-

§. 4.

In poſſeſſoriis iudiciis duae quaeſtiones in conſiderationem veniunt,

1. *an quis poſſideat in praeſenti* 347)?
2. *quo modo poſſideat? quis*, ſcilicet, *habeat antiquiorem poſſeſſionem? an vitioſa ſit poſſeſſio*, nec ne? Prior quaeſtio *in poſſeſſorio ſummariiſſimo* ſ. *momentaneo* occurrit. Poſterior vero *in poſſeſſorio ordinario*.

§. 5.

Extra Saxon. poſſeſſorium ordinarium & ſummariiſſimum ſummario proceſſu peragitur. Sed iure Saxon. ſummarius proceſſus 348) tantum in poſſeſſorio ſummariiſſimo obtinet 349). Ordinarium vero ordinario & ſolenni proceſſu ventilatur 350). Ex quo fit, quod in Saxon. raro ordinarium poſſeſſorium, ſed potius petitorium inſtituatur 351).

§. 6.

6. Coram quo iudice poſſeſſorium eſt inſtitutum, coram eodem iudice petitorium poteſt inſtitui. HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ. 83.*; WINCKLER. *ad Bergeri Oec. Iur. pag. 689.*
7. Qui in poſſeſſorio ſummario obtinuit, deinceps vero in poſſeſſorio ordinario, vel petitorio ſuccumbit, pro malae fidei poſſeſſore habetur, & fructus perceptos percipiendosque reſtituere, & omnes etiam in ſummario proceſſu poſſeſſorio erogatas expenſas refundere tenetur, niſi aliae pro eo militent circumſtantiae. ORD. PROC. SAX. REC. *App.* §. 20. HOM.

347) Et recentiorem poſſeſſionem habeat? HOM.

348) In quo leuato velo proceditur. HOM.

349) Et praeſcriptus eſt in ORD. PROC. REC. *App.* §. 15. *ſeq.* HOM.

350) Conf. WERNHER. *P. VII. Obſ. 44.* HOM.

351) Interim tamen hoc tutius admittitur, ſi faciliores poſſeſſorii ordinarii, quam petitorii ſunt probationes. HOM.

Digitized by Google

§. 6.

Fundament. Quamuis interdictorum modus adplicari nequeat 352), vtile tamen eſt, eorum cognitionem ſibi comparare. Eadem enim requiſita, quae olim ad interdicta obtinenda requirebantur, hodie fundamenti loco habenda ſunt, ſi actio in factum inſtituatur.

§. 7.

Datur haec actio in factum poſſeſſoria illi, *qui in poſſeſſione rei* vel *immobilis* (ex interdicto VTI POSSIDETIS), vel *mobilis* (ex interdicto VTRVBI), vel *iuris*, (vtiliter tum interdictis 353) adplicatis), conſtituto 354).

§. 8.

Colonus quidem in praedio conducto magis detentor eſt, quam poſſeſſor, cum tamen, ratione fructuum, omnino animo ſibi habendi fructus percipiat, non ambigo eum, ſi in fructuum perceptione turbetur, durante tempore locationis poſſeſſorium 355) inſtituere poſſe.

§. 9.

352) Conf. HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 178. HOM.

353) De itinere actuque priuato etc. ex Digeſtis *Lib. XLIII. Tit. XIX. ſeqq.* HOM.

354) Nec refert, an actor ciuiliter i. e. animo, an naturaliter i. e. corpore poſſideat, an iure dominii, an alius iuris in re poſſideat. Quoque tota perſonarum vniuerſitas hanc actionem inſtituit, & licet pleraque membra liti & cauſae renunciauerint, vnus tamen hunc proceſſum continuare poteſt, ſi vſus illius iuris ſingulis de vniuerſitate competit. BERGER. *El. Proc. Poſſ.* §. 20. WERNHER. *Part. VI. Obſ.* 442. HOM.

355) Aduerſus quemuis turbantem & quidem contra ipſum locatorem. MAD.
Add. HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 275. HOM.

Digitized by Google

§. 9.

Competit *contra quemuis eum in exercitio poſſeſſionis turbantem* 356).

§. 10.

Si quis contra totam vniuerſitatem ob turbationem agere velit, probe circumſpiciendum, an *contra vniuerſitatem*, aut *quaedam* tantum *membra acquiſiuerit poſſeſſionem* 357)? Quo nomine ita diſtinguendum eſt:

In poſſeſſione iurium 358), vbi vniuerſitas tantum aliquid pati, vel omittere tenetur, ſufficit *in adfirmatiuis* 359), *actum exercitum eſſe*, v. g. daß er ſein Vieh auf die Gemeinde-Wieſe mitgetrieben, und ſie ſolches gelitten.

In negatiuis 360) requiritur, *vt toti vniuerſitati prohibitio facta ſit, nullumque membrorum contra fecerit*, v. g. daß er der Gemeinde verbieten laſſen, ein Stück Feld nicht zu bezäunen, ſie auch ſolches nicht gethan 361).

In poſſeſſione vero *iurium*, vbi ad acquieſcentiam factum requiritur, v. g. wenn er ihnen Lehnwaare zu bezahlen anſagen laſſen, *omnium factum requiritur*, v. g. daß ſie ihm auch ſolche ſämtlich bezahlet,

356) Vtiliter quoque contra eum, cuius iuſſu & mandato turbatio facta eſt. HOM.

357) Nam poſſeſſio iuris cuiusdam contra ſingulos ex vniuerſitate acquiſita, non ſtatim contra totam vniuerſitatem obtenta intelligitur. HOM.

358) Vbi acquieſcentia reſpectu vniuerſitatis omniumque eius membrorum in ſolo facto negatiuo conſiſtit. MAD.

359) Quorum exercitium in facto commiſſiuo conſiſtit. MAD.

360) Scil. *iuribus* i. e. quae poſtquam acquiſita ſunt, ante eorum exercitium nullum factum requirunt. MAD

361) Add. HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ. 33. n. 8.* HOM

Digitized by Google

zahlet, alias contra illos tantum poſſeſſio acquiſita eſt, qui indictioni morem geſſerunt, vid. *Diſſertat. meam de qualitate poſſeſſionis in poſſeſſorio ſummariiſſimo.*

§. II.

Finis. Principales fines ſunt,

1. *vt declaretur, actori poſſeſſionem competere, & vt in ea defendatur* 362),
2. *ad dandas reuerſales litteras* 363), nemlich einen Revers auszuſtellen, daß er die unternommenen actus pro poſſeſſoriis nicht anführen, ſondern des actoris poſſeſſion agnoſciren wolle. Quod petitum tamen magis ad ſtylum Saxon. conſuetum pertinet 364),
3. *vt a turbatione deſiſtat*, in foro Saxon. 365) bey — Thlr. Strafe, ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. XXXIX. ſ. 3.*

4. *vt*

362) Donec reus in poſſeſſorio ordinario aut petitorio aliud deduxerit. HOM.

363) Scilicet a reo, quod nempe facta ipſa turbatiua pro actibus poſſeſſoriis iuris contrarii contra actorem allegare nollet. Hic vero finis iure communi ignoratur, & ſi dicendum, quod res eſt, ad ea, quae maxime iunt ſuperflua, etiam in foris Saxon. referri debet, quoniam ipſo iure patet, facta turbatiua ad poſſeſſionem iuris contrarii acquirendam ideo ſufficere non poſſe, quoniam contra hanc turbationem actor poſſeſſoria actione agit. MAD.

364) In Saxon. El. hoc petitum non eſt in vſu. HOM.

365) Iure communi quidem cautionem de non amplius turbando peti volunt, eamque etiam non petitam iudicem indicere poſſe. Sed praeſtat & expeditius remedium eſt, quod in terris Saxon. expreſſa lege conſtitutum, quodque plerumque adhibetur. *Cur enim ad diſputationes inutiles procedere patiatur iudex, quas poteſt ſua iurisdictione componere*, recte cum IVLIANO (*L. 13. §. 3. ff. de vſufr.*) regerit FR. CAR. CONRADI diſſ. *qua cautio de non amplius turbando in iudiciis poſſeſſoriis vſu fori recepta pertractatur* (Helmſt. 1737.) §. 21. MAD.

Digitized by Google

4. *vt reducat omnia in priſtinum ſtatum,* wieder in den Stand zu ſetzen, wie es tempore turbationis geweſen 366),

5. *ad damna per turbationem data reſarcienda.*

§. 12.

Duo potiſſimum fundamenta poſſeſſoriae actionis ſunt: De fundam. act. poſſ.

1. ratione actoris, *poſſeſſio rei*, vel *iuris*, *de quo agit,*

2. ratione rei, *turbatio in exercitio poſſeſſionis.*

§. 13.

In poſſeſſionis demonſtratione ſequentia conſideret tam actor, quam reus De demonſtr. in act. poſſeſſ. §. 13-15.

1. *poſſeſſio poſſibilis eſſe debet natura & iure,* hinc

   a. *contra legem prohibitiuam* 367)

   b. *in illis, quae conceſſione principis ſpeciali acquirenda ſunt,* poſſeſſio non valet 368).

I 3 vid.

366) Poſita mutatione rei, quae non ſemper & eſſentialiter ponenda eſt. MAD.

367) Vid. WERNHER. *Part. IX. Obſ.* 42. In cauſis ad Politiam ſpectantibus, ſi inter magiſtratum aliquid de republica iubentem & ciuem diſcordia eſt, exulat poſſeſſorium ſummariiſſimum; ſi autem de re politica inter duos priuatos diſcordia eſt, tam petitorium, quam poſſeſſorium locum habet. HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ.* 502. HOM.

368) Quod vero vniuerſaliter concedi nequit, ſed ſi quis poſſeſſionem in illis rebus atque iuribus ſibi competere adſerit, quae a conceſſione principis ſpeciali dependent, diſtingu. vel in poſſeſſione regalium maiorum, quae a complexu regiminis ciuilis, atqueadeo a principis perſona ſeparari nequeunt, ſe fundat vel non. Priori in caſu neque aduerſus procuratorem fiſci, neque aduerſus priuatum admittenda eſt poſſeſſoria actio.

Digitized by Google

vid. in Saxon. DECIS. REG. *IV. de an. 1746.* vbi quodammodo decennaria poſſeſſio regalium 369) contra priuatum valet.

2. Vt appareat ex demonſtratione, *quis poſſideat*, quo pateat, *an perſonale*, aut *reale ius*, *tamquam praedii poſſeſſor*, *praetendat.*
3. *Obiectum curate definiendum* tam *in libello*, quam *demonſtratione*, vt appareat, *quam*, *qualem*, *quantamque* poſſeſſionem ſibi vindicet, *arg. L. 6. ff. de rei vind.*
4. *Actus*, in poſſeſſione demonſtranda, requiruntur *poſſeſſorio*, vel *ſummariiſſimo*, vel *ordinario conformes.* Hinc
5. In ſummariiſſimo *nouiſſimus* 370), in ordinario *antiquior actus exprimatur*, eoque nomine *tempus actuum curate addendum venit.*

6. Ita-

actio. Poſt. vero vel actor ſe fundat in poſſeſſione regalium minorum, vel in poſſeſſione aliorum priuilegiorum, quae quidem per modum exceptionis a regula legum communium a principe conceduntur, quae vero ad regalia minora non pertinent. Si poſterius, ſemper actori poſſeſſorium, tam ſummarium quam ordinarium, competit, atque adeo ad demonſtrationem poſſeſſionis admittendus eſt. Sin prius, vel contra principem vel contra priuatum ſiue ſingularem ſiue vniuerſitatem experiri vult. Poſteriori in caſu actori vtrumque poſſeſſorium ſemper competit, adeoque demonſtratio poſſeſſionis admittenda eſt. Priori vero poſſeſſorium ordinarium locum habet, quoniam haec regalia minora per praeſcriptionem longiſſimi temporis adquiri poſſunt, poſſeſſorium autem ſummarium non locum habet, quia aduerſus principem ea tantum poſſeſſio admittenda eſt, qua ipſum ius lapſu temporis lege definiti accedente adquiſitum eſt. Conf. AVG. GOTTLOB. PETERMANN diſſ. *de valore poſſeſſorii ſummariiſſimi contra principem S. R. G. I. regalia vindicantem a ſubdito inſtituti*, Lipſ. 1731. MAD.

369) Loco huius vocis potius ſubſtituatur, *ſola decennalis poſſeſſio iuris venandi.* HOM.

370) In poſſeſſorio ſummario exprimendus & demonſtrandus eſt actus poſſeſſionis ante turbationem, quae turbatio liti cauſam dedit. MAD.

Digitized by Google

6. Itaque actus ſint qualificati, vt exinde pateat, *quam*, *qualem*, *quantamque* poſſeſſionem cupiat. Quae qualitas, prout poſſeſſio, quam praetendit, comparata, vel *a loco*, vel *tempore*, vel *modo*, vel *perſona*, vel *aliis circumſtantiis* deſumitur.

Potiſſimum in poſſeſſione iurium probe circumſpiciendum, *an adfirmatiuum*, *an negatiuum ius ſit* 371). In iuribus adfirmatiuis, v. g. ſeruitute viae, *actus iuris*, *huius exercitium demonſtrans*, *ſufficit*, patientia praeſumitur, quia contradictio verbalis, vel realis facti eſt. In iuribus negatiuis, vbi rei acquieſcentia ſola omiſſione conſtat, ſufficit, *actum prohibitiuum demonſtrari*, acquieſcentia praeſumitur, vsque dum contrarium prohibitioni factum probatur.

In iuribus vero, vbi ad acquieſcentiae demonſtrationem factum acquieſcentis neceſſarium eſt, requiritur,

371) In demonſtratione ipſorum actuum poſſeſſoriorum ratione quaeſtionis, quid probandum ſit ab actore? diſtingu. vel actor poſſeſſionem iuris alicuius ſibi adſerit, in qua patientia ratione rei non adeſt, niſi hic factum commiſſiuum iuri alterius praetenſo reſpondens ſuſceperit, vel non, ſeu vt patientia ipſius rei ſiue adquieſcentia ſolo facto omiſſiuo conſtet. Priori in caſu ſuſcipienda eſt 1) demonſtratio ſui facti commiſſiui, per quod exercuit ius illud, & per cuius exercitium poſſeſſio huius iuris adquiſita eſt, 2) factum ipſius rei commiſſiuum demonſtrandum eſt, ex quo adparet, reum prohibitioni vel indictioni morem geſſiſſe, quoniam ſine hoc facto commiſſiuo de patientia ipſius rei conſtare nequit, *ſiue ceteroquin ius ab actore praetenſum ſit adfirmatiuum ſiue negatiuum.* Poſteriori in caſu in demonſtrarione tantum venire poteſt ſolum factum commiſſiuum actoris, per quod illam poſſeſſionem iuris, de qua quaeritur, adquiſiuit, atque actor in hoc caſu patientiam rei probare non debet, quia probationem propoſitionis mere negatiuae inuolueret, adeo vt reus contrarium, quod conſtat facto rei commiſſiuo, in quo ſeſe fundat excipiendo probare tenetur. MAD.

Digitized by Google

1) *actus prohibitiuus*, vel *indictio aliquid praeſtandi*,

2) *factum*, *ex quo apparet*, *alterum prohibitioni*, vel *indictioni morem geſſiſſe*, v. g. ſi poſſeſſionem molendini bannarii, laudemii, gabellae praeſtandae praetendat. Vid. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 33. n. 8.*

7. Requiritur, *vt actus ſit quietus*, neque tamen hoc probandum eſt, ſed praeſumitur. Per ORD. PROC. REC. tamen *App. ſſ. 19.* eam ob rationem annua poſſeſſio in poſſeſſorio ſummariiſſimo, minimum eſt neceſſaria.

8. *Vnus tantum actus ad poſſeſſionem demonſtrandam ſufficit* 372).

9. Iure Saxon. in poſſeſſione rerum corporalium, tam mobilium, quam immobilium idem obtinet. Vid. ORD. PROC. REC. *App. ſſ. 19.*

10. *In poſſeſſione iurium continuorum* 373) *vnus actus pariter ſufficit.* Vocantur autem *continua iura*, *quae ſemel acquiſita*, *ad vlterius* exer-

372) Si de retinenda poſſeſſione *rerum mobilium & immobilium* adeoque *corporalium*, ſiue in ſummario ſiue in ordinario, agatur. MAD.

373) Potius *negatiuorum*. Quae iura vel factum hominis commiſſiuum eius, cui competit, ad exercitium non requirunt, ſingularem tamen in fundo alterius qualitatem manu inductam ad eorum exercitium praeponunt, vel non. Priori in caſu vnus actus poſſeſſorius rite demonſtratus ſufficit, ſed praeter ea exiſtentia ſingularis qualitatis in fundo alterius ad huius iuris exercitium neceſſariae manu inductae demonſtrari debet. Poſteriori vero vnius actus poſſeſſorii demonſtratio ſufficit, quoniam vlteriores actus etiam demonſtrari nequeunt, propter ipſam horum iurium negatiuorum indolem. — Id etiam vel de aliis iuribus negatiuis, quae ſeruitutes non ſunt. MAD.

Digitized by Google

***exercitium*, *factum hominis non requirunt*,** vt ſeruitutes oneris ferendi, tigni immitendi, & pleraeque vrbanae.

11. ***In poſſeſſione diſcontinuorum*** 374) ***iurium***, ſcil. in quibus ad vlterius exercitium factum hominis eſt neceſſarium, ***tres actus requiruntur***, *all.* ORD. PROC. REC. V. g. in ſeruitute viae, itineris & plerisque ſeruitutibus, atque hi tres actus ***ratione temporis*** diuerſi, ***ratione qualitatis*** pares eſſe debent 375).

12. Iure Saxonico ***cit.*** **ORD. PROC. SAX.** quoad res incorporales annua poſſeſſio quieta requiritur, computatione a tempore 376) primi actus facta 377).

374) Potius *adfirmatiuorum*, de quorum retinenda poſſione vel ſummario vel ordinario tractatur. Priori in caſu vnius actus poſſeſſorii demonſtratio ſufficit, ſiue ad patientiam rei requiratur factum negatiuum, ſiue factum adfirmatiuum. Poſteriori vero ad minimum tres actus poſſeſſorii ratione temporis diuerſi, ratione qualitatis autem pares demonſtrandi ſunt. MAD.

375) Hic tamen tres actus tum demum neceſſarii, ſi *quis vltra annum non poſſederit*, non ſi plures annos ſe poſſediſſe demonſtrauerit. HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ. 18.* MAD.

376) Quod ad tempus iure comm. diſtingu. vel de retinenda poſſeſſione rerum corporalium, vel iurium ſermo eſt. Illo in caſu nullum certum tempus obſeruantia fori communis requiritur. Hoc autem, in poſſeſſorio ſummario, a tempore primi actus poſſeſſorii, poſſeſſio annua quieta requiritur, in poſſeſſorio vero ordinario ad minimum dimidium temporis illius requiritur, quod in adquiſitione per praeſcriptionem illorum iurium ex legis diſpoſitione requiritur. MAD.

377) Non tamen requiritur annus Saxonicus, ſed ciuilis, imo in rebus corporeis poſſeſſio breuior v. c. vnius horae ſufficit. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ.* 18. *n.* 2. *&* *Obſ.* 178. HOM.

Digitized by Google

§. 14.

Factum turbatiuum ita comparatum eſſe debet, *vt per illud poſſidens* vel *in totum*, vel *pro parte impediatur in poſſeſſionis exercitio* 378).

§. 15.

Eam ob cauſam factum turbatiuum, quoad modum, deſcribendum, & tempus pariter exprimendum eſt, quo intelligatur, an reus hoc factum poſt iam obtentam poſſeſſionem 379) ſuſceperit 380).

§. 16.

De foro compet. Forum competens tam iudex *domicilii* 381), quam *rei ſitae* eſt 382). HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ. 104.*

§. 17.

De durat. act. poſſeſſ. §. 17-20. Poſſeſſoriae actiones ſunt *perpetuae* quoad finem principalem, *quoad declarandam poſſeſſionem;* quatenus

378) Turbatio non modo in *factis*, ſed & *verbis* conſiſtere poteſt. Sic ſuſtinetur libellus poſſeſſorius, in quo actor turbationem non vt factam, ſed quae a reo metuenda eſt, allegat, ſi hic in termino huiusmodi intentionem fateatur. WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 396.* Quoque in *non faciendo* atque *omittendo* turbatio poſſeſſionis euenire poteſt. HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ 442.* HOM.

379) Ab actore iam ſuſceperit, quia alioquin reus actorem in poſſeſſione non rite acquiſita turbare non potuit. MAD.

380) Quodſi reus actoris poſſeſſionem affirmat, turbationem autem negat, nec hic iſtam probare poteſt, reus abſoluitur. HOMMEL. *Rhapſ. Iur Obſ.* 177. HOM.

381) Quia agitur aduerſus reum, propter eius factum turbatiuum i. e. illicitum. MAD.

382) Quoniam de poſſeſſione rei aut corporalis aut incorporalis agitur, atque adeo eatenus actio eſt in rem ſcripta, quae vero turbantem, qui ſimul poſſeſſor aut iuris contrarii aut rei iſtius corporalis eſt, non excedit. MAD.

Digitized by Google

tenus vero ad omne intereſſe agitur, tantum *annales* ſunt, prout intelligenda *L. 1. ff. uti poſſid.*

§. 18.

Tranſit ad heredes actoris, quod nempe ***heredes ex poſſeſſione a defuncto acquiſita***, eodemque viuo ***turbata***, contra turbantem *agere poſſint* 383).

§. 19.

Aduerſus heredes rei vero ***regulariter non datur***, niſi lucrum ex turbatione ad heredes peruenerit.

Si ergo defunctus per turbationem aliquid perceperit, ſcil. ſi gramina fructusque alios collegerit, heredes tenebuntur. Ad reuerſales quoque dandos obligantur 384). Reliqua vero damna aut intereſſe, haud praeſtant.

§. 20.

Succeſſores ſingulares ex turbatione anteceſſoris plane non tenentur.

§. 21.

383) Si autem heres poſſeſſionem non nactus ſit, licet hereditatem adierit, effectibus atque remediis poſſeſſoriis non gaudet, quum ipſo iure poſſeſſio neque iur. rom. neque germ. communi tranſeat i. e. heres moraliter non pro poſſeſſore habeatur. Iure autem particulari ſecundum paroemiam: **der Todte erbet den Lebendigen**, effectus poſſeſſionis tribuuntur, vid. FR. CAR. CONRADI progr. *vtrum poſſeſſorium ſummarium etiam heredi poſſeſſoris competat* ad diſſ. not. 365. ad §. 11. cit. Idque diſpoſitum ORDINAT. POL. MAGD. *C. 44.* §. *15. Cod. Frid. Part. IV. Tit. III.* §. *18.* MAD.

Igitur haec actio non datur, niſi poſſidenti, *L. 23. ff. de acquir. vel. amitt. poſſ.* Exceptio tamen eſt, ſi lis a defuncto ob turbationem iam ſit mota, HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 685.* aut quando vi ſtatuti, aut conſuetudinis poſſeſſio defuncti ſine noua adprehenſione in herede continuatur, FR. C. CONRADI progr. *an poſſeſſio apud Germanos ipſo iure ſine corporali adprehenſione tranſeat ad heredes?* aut ad damna reſarcienda agitur. HOM.

384) Vid. not. 363. ad §. 11. hui. Membr. MAD.

Digitized by Google

§. 21.

Except. oppon. Exceptiones ſequentes deſeruire cauſae poſſunt 385):

1. *poſſeſſionis non rite acquiſitae,*
2. *contra prohibitionem inualidae,*
3. *precario, clandeſtine, violenter acquiſitae* 386),
4. *poſſeſſionis contra reum non acquiſitae* 387).

Forma Libelli.

Ob ſich wohl Kläger von 1. 2. und mehr Jahren (in poſſeſſorio ordinario, von 3. 4. und mehr Jahren,) in poſſeſſione vel quaſi befindet, von denen Unterthanen des Guths zu N. zu fordern, daß ſie ihr Getreide

385) Ad exceptiones *generales* i e. quae actionem poſſeſſoriam tam in ſummario, quam ordinario perimunt, pertinent 1) *exceptio poſſeſſionis non rite adquiſitae*, i. e. per actum poſſeſſorium cum poſſeſſione ipſa minus cohaerentem, 2) *poſſeſſionis contra legem prohibitiuam inualidae*, 3) *poſſeſſionis contra reum non adquiſitae*, etiamſi actor contra alios poſſeſſionem habeat, 4) *deficientis prohibitionis ſeu indictionis*, adeoque *exc. merae facultatis*, quoniam eo in caſu actor in poſſeſſione contrarii iuris eſſe nequit, 5) *poſſeſſionis non quietae*. *Speciales* vel ad ſummarium vel ad ordinarium ſpectant. Ad *priora* referendae ſunt 1) *except. recentioris poſſeſſionis*, 2) *deficientis poſſeſſionis annalis*, ſi actor in poſſeſſione iuris ſe fundat, 3) *reuerſalium*, quibus actor declarauit, ſe actum poſſeſſorium aduerſus reum tamquam talem allegaturum non eſſe. Ad poſteriora ſpectant 1) *exceptio mala fide adquiſitae poſſeſſionis*, hinc 2) *aut precario aut clandeſtine aut violenter adquiſitae*, 3) *deficientis temporis dimidii ad praeſcriptionem neceſſarii*, 4) *deficientis poſſeſſionis antiquae*. MAD.

386) Quae tamen vitia, ſi non ſunt in continenti liquida, in poſſeſſorio ſummariiſſimo non poſſunt opponi & attendi. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ.* 178.

387) Addatur

5. *petitorii per rem iudicatam finiti & litis iam deciſae*. HOM.

Digitized by Google

treide in Klägers vor dieſem Dorfe gelegenen Mühle mahlen laſſen müſſen, **immaßen ihnen Kläger** nicht allein, **daß ſie nirgend anders, als in der Mühle mahlen laſſen ſollen, gerichtlich andeuten laſſen,** ſondern benannte Unterthanen auch **bis anhero dieſem Gebote nachgelebet;** So haben ſich dennoch am 12 Jun. a. c. Caius und Titius, als Unterthanen gedachten Guthes zu N. unterfangen, ihr Getreide nach N. zu ſchaffen, auch ſolches mit Bewilligung der Gemeinde, als welche ſämtlich ſich eben dis zu thun verglichen, daſelbſt mahlen zu laſſen, und dadurch Klägern in der dieſerhalb erlangten poſſeſſione vel quaſi momentanea zu turbiren. Wannenhero denn Kläger zu klagen genöthiget worden, und bittet nach erfolgter ſummariſchen Antwort dahin zu erkennen:

> Daß Kläger **in der libellirten Poſſeſſion, daß beklagte Gemeinde ihr Getreide in Klägers libellirten Mühle mahlen müſſen,** ſo lange, bis ſie ein anders in poſſeſſorio ordinario oder petitorio ausgeführet, **zu ſchützen** 388), einen Revers dieſerhalb auszuſtellen, ꝛc.

Si inuerſo caſu ſubditi agere velint contra dominum de poſſeſſione libertatis naturalis, ita concipi poteſt.

Libellus.

Klaget kürzlich, daß ſie vor 1. 2. und mehr Jahren *in poſſeſſione vel quaſi* **der natürlichen Freyheit, ihr Getreide, wo es ihnen gefällig, mahlen zu laſſen, ſich befinden,** auch ohnerachtet ihr Gerichts-Herr Sempronius **ihnen, daß**

388) Subſtituas loco ſequentium verborum: auch Beklagter bey — Strafe alle Turbation zu unterlaſſen ſchuldig. MAD.

daß ſie ihr Getreide in ſeiner Mühle mahlen laſſen ſollen, angedeutet und hierzu zwingen wollen, ſie dennoch dieſem Gebot nicht nachgekommen, ſondern vielmehr, wo es ihnen gefällig geweſen, mahlen laſſen; Wann aber den 12 Jun. a. c. Beklagter ſich unterſtanden, Caium und Titium, ſo unter die klagende Gemeinde gehören, als ſie ihr Getreide in die Mühle zu N. zu mahlen fortfahren wollen, auspfänden, und jedem ein Pferd wegnehmen zu laſſen, und dadurch Klägere in ihrer erlangten poſſeſſione vel quaſi momentanea der natürlichen Freyheit zu turbiren; Als ſehen ſie ſich zu klagen genöthiget, und bittet nach erfolgter ſummariſchen Antwort dahin zu erkennen:

Daß klagende Gemeinde bey der *poſſeſſione vel quaſi* der natürlichen Freyheit, ihr Getreide nach ihrem Gefallen mahlen zu laſſen, wo ſie wollen, ſo lange, bis Beklagter ein anders in poſſeſſorio ordinario oder petitorio ausgeführet, zu ſchützen, die abgenommenen Pferde hinwiederum ohne Entgeld auszuliefern, und des Mühlenzwanges bey 20 Rthlr. Strafe ſich zu enthalten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Libellus in poſſeſſorio ordinario.

Klagende Gemeinde bringet kürzlich an, daß ſie vor 5. 6. 10. und mehr Jahren *in poſſeſſione vel quaſi antiqua* der natürlichen Freyheit, ihr Getreide, wo es ihnen gefällig, mahlen zu laſſen, ſich befindet, auch ohnerachtet Beklagter der Gemeinde gerichtlich andeuten laſſen, ihr Getreide in ſeiner vor dem Dorfe gelegenen Mühle zu mahlen, ſie dennoch ſich daran nicht gekehret, vielmehr des Mahlens, wo es ihnen

ihnen gefallen, ſich bedienet, bis etwa 2 Jahr her Beklagter durch allerley Zwangsmittel es dahin gebracht, daß ſie etlichemal ihr Korn in ſeiner Mühle mahlen laſſen, weshalb derſelbe auch vor dieſem Iudicio in poſſeſſorio ſummariiſſimo geſchützet worden. Wann ſich aber Klägere in antiquiori poſſeſſione von 4 und mehr Jahren her befinden; Als werden ſie zu klagen genöthiget, und bitten nach erfolgter ſummariſchen Antwort dahin zu erkennen:

Daß klagende Gemeinde bey der *poſſeſſione vel quaſi* **der natürlichen Freyheit ihr Getreide, wo es ihnen gefällig, mahlen zu laſſen,** ſo lange, bis Beklagter ein anders in petitorio ausgeführet, **zu ſchützen,** dieſer hingegen ſich aller turbation bey 20 Rthlr. Strafe zu enthalten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

FINIS ACTIONVM REALIVM.

SECT.

SECTIO II.
DE
ACTIONIBVS PERSONALIBVS.

CAP. I.
DE
ACTIONIBVS PERSONALIBVS IN GENERE.

§. 1.

De indole generali omn. act. perſon. §. 1-9.

ACTIONES PERSONALES generali nomine CONDICTIONES vocantur, quod a veteri ritu denunciandi reo certum diem, ortum ducit, *ſ. 15. I. de action.* 389)

§. 2.

Actio perſonalis in genere datur illi, *qui perſonam ad quid dandum, praeſtandum, vel faciendum* 390) *habet obligatam, aduerſus perſonam illam obligatam*, vel eius heredes, *ad ſatisfaciendum obligationi.*

§. 3.

Datur haec actio *creditori*, vel eius heredibus. Creditor autem in latiori ſignificatu adpellatur, *cui ex qualibet cauſa aliquid debetur, L. 11. ff. de V. S.*

§. 4.

389) Et deſcendunt ex iure ad rem ſiue in perſonam. HOM.

390) *Aut omittendum.* HOM.

§. 4.

Tertius ex alterius perſonali iure agere nequit 391), niſi *ceſſione facta*. Atque hodie etiam ceſſionis mentio in libello eſt iniicienda 392).

§. 5.

Aduerſus debitorem 393), non tertium, *actiones perſonales competunt*. Excipe tamen *actiones in rem ſcriptas*, quae licet ex iure ad rem deſcendant, contra tertium tamen poſſeſſorem ob legis ſpecialem diſpoſitionem competunt. Quo pertinent ACTIO QVOD METVS CAVSA, *L. 9. ʃ. 5. L. 14. ʃ. 3. ff. quod met. cauſ.* ACTIO AD EXHIBENDVM, *L. 3. §. 3 & f. ff. ad exhib.* ACTIO DE PECVLIO, *L. 27. §. 2. ff. de pecul.* 394)

§. 6.

Finis eſt, *vt ſatisfiat obligationi*, quo circa tam *ad eſſentialia* (ex quibus principalis finis) quam *ad naturalia* & *accidentalia* (ex quibus minus principalis finis dimanat) probe eſt reſpiciendum. De quibus infra latius. Finis.

§. 7.

391) Proprio nomine. Iure recentiori rom. introductis actionibus vtilibus a D. PIO mandans, absque ceſſione mandatarii, aduerſus eum ſtatim agit, quocum mandatarius contraxit, quum iure anteriori non niſi ceſſione facta agere poterat. MAD.

392) Et ſi negatur, probanda. Hinc in Saxon. El. ſi in ſententia interlocutoria praeter legitimationem ad cauſam ſimul probatio iuris iniuncta, fatale probationis demum currit poſt factam legitimationem. ORD. PROC. SAX. *Tit. XX.* §. *1.* In proceſſu executiuo ceſſionarius ſub poena 5. Thal. in primo termino ſe legitimet. ORD. PROC. REC. *App.* §. 7. HOM.

393) Siue aduerſus determinatam perſonam, cui obligatio incumbit, alterius obligationi reſpondens. MAD.

394) Add. ACTIO DE PAVPERIE, *L. 1. §. 12. ff. ſi quadrupes pauper. feciſſe dic.* HOM.

Digitized by Google

§. 7.

Omnis autem obligatio vel eſt *ad dandum*, vel *praeſtandum*, vel *faciendum* 395).

§. 8.

Fundamenta omnium actionum perſonalium ſunt vel

1. *factum licitum*, vel
2. *factum illicitum*, vel etiam
3. *aequitas, in iure ad effectum producendi actionem ciuilem adprobata;* quam aequitatem *L. 1. ff. de oblig. & act. varias cauſarum figuras* adpellat 396).

§. 9.

Si ex facto licito agitur, *illud in libello ſpecifice eſt exprimendum* 397). *Eſſentialia* probari debent & *accidentalia* 398), *naturalia* vero praeſumuntur.

Si ex facto illicito agitur, *ſpecies delicti inſeratur libello*, reoque negante *probetur*.

Si aequitate inſtructa ſit actio, aequitas quidem haud probari debet, bene tamen *cauſa, ex qua haec aequitas defluit* 399).

§. 10.

395) Vel *omittendum.* HOM.

396) Si *ex immediata legis diſpoſitione* obligatio perſonalis eſt conſtituta, atque adeo in hoc caſu actio perſonalis inſtituenda eſt, non quidem probanda eſt immediata legis diſpoſitio, quippe quae nunquam probatione indiget, attamen probanda eſt exiſtentia illius hypotheſeos, in qua immediata legis diſpoſitio actionem quamdam concedit v. c. *actio ad exhibendum*, *act. perſonalis ad dotem conſtituendam*, *ad liberos ſuos alendos.* MAD.

397) *Et cauſa remota, ſeu titulus adducendus.* HOM.

398) Quoad exiſtentiam facti. MAD.

399) Vid not. 396. ad §. praec. MAD.

§. 10.

Iudicis competentiam ita conſiderabis: — De competentia iudicis.

1. *ad adimplendum contractum* inſtitui poteſt actio vel *coram iudice domicilii*, vel *contractus*, niſi ſpeciatim locus ad adimpletionem contractus ſit definitus,

2. *ad reſcindendum contractum* tantum *in foro domicilii* conueniendus eſt reus 400),

3. *ſi ex delicto agas*, cum *foro domicilii*, *delicti commiſſi forum* concurrit,

4. *in rem ſcriptae actiones* etiam in foro *rei ſitae* inſtitui poſſunt.

§. 11.

Actiones perſonales ciuiles f. rei perſecutoriae f. poenales, *perpetuo durant*, *pr. I. de perpet. & temp. act. L. 35. ff. de obl. & act.* Actiones *praetoriae rei perſecutoriae* itidem *perpetuae ſunt*; niſi ad reſcindendum ex reſtitutione in integrum ad quadriennium 401) reſtringantur, *all. leg.* iuncta *L. f. C. de tempor. in integr. reſtit.* Actiones *poenales praetoriae anno exſpirant*, & quidem *vtili*, *L. 35. ff. de obl. & act.* 402) — Quamdiu durent?

§. 12.

Actiones perſonales, rei perſecutoriae ex contractu, ad heredes tam actoris, quam rei tranſeunt, *L. 49. ff. de obl. & act. L. 152. §. 5. ff. de R. I.* Actiones rei perſecutoriae ex delicto, item poena- — An ad heredes tranſeant.

 les,

400) Niſi cauſa reſciſſionis in ipſo contractu iam ſit definita. HOM.
Vid. de hoc not. 36. ad §. 32. Comm. gen. MAD.

401) Aut breuius tempus, HOM.

402) Exceptiones, vid. penes HEINECCIVM *in Inſt. Iur. Ciu. §. 1271.* HOM.

les, ob laeſum patrimonium, heredibus actoris competunt, *non contra heredes rei*, niſi quatenus aliquid ad eos ex delicto peruenit, vel lis cum defuncto iam conteſtata, *ſ. 1. I. de perpet. & temp. action. L. 44. ff. de reg. iur.* 403) Actiones ad meram vindictam perſonalem tendentes, neque ad heredes actoris, neque rei tranſeunt.

§. 13.

De determin. negot. §. 13-20. Antequam vero ad ſpecialem pertractationem progredior, de eſſentialibus, naturalibus & accidentalibus ipſorum negotiorum regulas tradam.

§. 14.

Subſtantiale ſ. *eſſentiale*, *genericum* eſt, quod ad omnis generis conuentiones pertinet. Illudque eſt *conſenſus* 404). Hinc *quicquid excludit conſenſum, illud conuentionem reddit nullam*, *L. 116. ff. de reg. iur. L. 15. ff. de iurisd.*

§. 15.

Subſtantiale genericum omnium delictorum 405) eſt, *dolus* & *culpa*, quod patet ex definitione delicti 406).

§. 16.

Subſtantialia ſpecifica ſunt, quae ad vniuscuiusuis negotii formam ſpecificam pertinent. De quibus ſequentes regulas obſerues,

1. *ſub-*

403) Excipitur tamen condictio furtiua, quae omni caſu contra heredes furis tranſit, *L. 9. ff. de cond. furt.* HOM.

404) Phyſice aut moraliter liber. MAD.

405) Potius factorum illicitorum. MAD.

406) Hinc, qui doli, aut culpae expers eſt, vt infans, furioſus, non obligatur. HOM.

Digitized by Google

1. *ſubſtantialia pactis mutari nequeunt, quamquam addi per pactum ſubſtantiale poſſit* 407).

2. *deficiente ſubſtantiali negotium eſt nullum.*

3. *ſi ſubſtantialia adſunt, negotium eſt perfectum.*

4. *ex perfecto negotio naſcitur obligatio & actio.*

5. *ſubſtantialia determinat ius ſtatutarium*, vel *prouinciale*, vel *imperii*, vel *ciuile.*

§. 17.

Naturalia ſunt 408), quae praeter formam ſpecificam, in quouis negotio determinat vel ius ſtatutarium, vel prouinciale, vel imperii, vel ciuile. Tota cognitio his regulis comprehenditur:

1. ***naturalia in dubio negotio ineſſe praeſumuntur*** 409),

2. ***pactis*** tamen ***mutari poſſunt.*** Nec attendenda diſtinctio inter ***naturalia interna*** & ***externa,***

407) Potius ſubſtantialia nec pactis mutari, nec per pacta addi poſſunt. MAD.

408) Omnes negotiorum determinationes, quae quidem ad eſſentiam eorum moralem non pertinent, quae vero ipſa legis diſpoſitione, adeoque ipſo iure, toties adeſſe cenſentur, quoties contrarium in caſu dato probari nequit. MAD.

409) H. e. pro eo, qui in naturalibus negotii ſeſe fundat, militat praeſumtio iuris, atque adeo a probationis onere eſt immunis. MAD.

Digitized by Google

3. *pacta naturalia minuentia* ſunt *ſtrictae interpretationis*, hinc

4. *vno mutato naturali, reliqua mutata haud cenſentur* 410), niſi ſint connexa.

§. 18.

Accidentalia ſunt, quae per pacta contrahentium demum adiiciuntur 411).

§. 19.

Sunt vel *augentia*, ſi per pactum naturalibus quid additur, vel *minuentia*, ſi pactis naturalia mutantur.

§. 20.

Accidentalia adeſſe & abeſſe poſſunt. Hinc *non praeſumuntur.*

SECT.

410) Negotium improprium in vno non eſt negotium improprium in altero. MAD.

411) Adeoque negotiis ex ipſo iure inſunt, nec etiam, vno accidentali adiecto, argumentum valet ad cetera accidentalia affirmatiuum. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM I.
DE
ACTIONE PERSON. EX POLLICITATIONE.

§. 1.

Species factorum licitorum ſunt *pollicitatio* & *conventio* 412).

POLLICITATIO eſt *ſpontanea offerentis promiſſio, abſque acceptatione facta*, *L. 3. ff. de pollicitat.*

§. 2.

Diuiditur in *nudam*, quae, priuato facta, effectum nullum producit, & *non nudam*, quae ad effectum producendi actionem ciuilem eſt confirmata; ex quo genere ſunt pollicitationes, quae Reipublicae, Ciuitati, Eccleſiae, vel Deo 413) fiunt, *L. 2. §. 2. ff. de pollicit. L. 9. ff. eod.*

§. 3.

ACTIO EX POLLICITATIONE vocanda eſt *condictio ex lege.* Quae eſt *actio perſonalis*, (neque enim rem adficit, *L. 2. ff. de pollicit.*) *quae datur Eccleſiae, Ciuitati, Vniuerſitati, Reipublicae, aduerſus pollicitantem, ad promiſſionem ſuam adimplendam.* De act. ex poll. indole §. 3-5.

412) Potius obligationes ex facto licito vel oriuntur ex promiſſione, vel ex iis negotiis, in quibus, obligatio quaſi ex contractu adeſſe cenſetur. Priori in caſu vel obligatio oritur ex pollicitatione, vel ex conuentione. MAD.

413) Sed pollicitatio, quae Deo fit, potius *votum* eſt ex principiis iuris canonici aeſtimandum; cum reliquae vocantur *pollicitationes in ſpecie ſic dictae.* MAD.

Digitized by Google

§. 4.

Si Ciuitati, vel Reipublicae 414) facta ſit promiſſio, adminiſtratoribus aut ſyndicis datur. Nomine Eccleſiae agunt praefecti aerarii eccleſiaſtici, die Kirchenvorſteher, aut actores.

§. 5.

Finis. Finis eſt, *vt adimpleat promiſſionem, quae vel ad dandum, vel praeſtandum, vel faciendum pertinebit.*

§. 6.

De eius fundamento §. 6. 7. Fundamentum eſt *pollicitatio legitime facta*, ad quam requiritur,

1. *perſona, quae obligandi gaudet poteſtate* 415),
2. *res alienari haud prohibita,*
3. *vt voluntas a praeſente ſit declarata, non per epiſtolam, L. 5. ff. h. t.* 416) quod hodie non obſeruatur 417),
4. *vt animo deliberato facta,*

5. *ex*

414) Potius, ſi Reipublicae facta eſt, aduocati ſeu procuratores fiſci, ſi Ciuitati iure romano adminiſtratores rerum ciuitatis, hodie vero ſyndici ciuitatum, & ſi Eccleſiae, aut patroni ipſius eccleſiae, aut eius adminiſtratores, vulgo die Kirchenvorſteher, denique ſi aliis Vniuerſitatibus ſyndici, ſi qui ſint conſtituti, aut earum procuratores condictionem hanc ex pollicitatione inſtituunt, omniaque peragere debent, quae ad officium actoris pertinent, absque mandato, quum ad legitimationem eorum ſolum requiratur probatio muneris illis collati. MAD.

415) Pubes & vxor ſine marito exinde obligatur, ſi promiſſum eſt factum perſonale diſciplinae domeſticae non contrarium. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. I. theſ. 5. n. 2.* HOM.

416) Vid. CVIACIVS *in Obſ. Iur. Lib. XXVI. Obſ. 19.* HOM.

417) Vid. BACH. ad *Berger. Oec. Iur. p. 437.* HOM

5. *ex iuſta cauſa* 418),
6. *vt, ſi defecerit iuſtae cauſae expreſſio, promittens promiſſionem adimplere coeperit,* *L. 1. §. 1. 2. & 3. ff. de pollicit.*

§. 7.

Iure rom. 3. 5. aut 6tum requiſitum actor probare debebat, Hodie vero, cum absque dubio ficta acceptatio verae donationis effectum producat, nihil probandum opinor praeter declarationem voluntatis. Aliter tamen ſentiunt & ciuili iuri inſiſtunt 419), STRYCK *Vſ. Mod. Tit. de pollic. ſ. 1.* BERGER. *in Oec. Iur. L. III. Tit. I. th. 5. n. 3.*

§. 8.

Domicilii forum competens eſt, & durat haec actio perpetuo. De foro compet.

§. 9.

Quoad heredes pollicitantis, aut vouentis ſequentia in conſideratione erunt: An ad heredes tranſeat?

1. *factum perſonale heredes non obligat,*
2. *ſi reale factum,* aut *quantitas,* vel *res promiſſa,* ita diſtingas:
   a. *ſi bona pollicitantis ſufficiunt, tenentur heredes in ſolidum,*
   b. *ſi non ſufficiant, & pollicitatio facta ob honorem collatum, heredes pariter in ſolidum obſtringuntur,*
   c. ſi talis cauſa non ſubſit, *liberi in decimam, extranei in quintam partem obſtringuntur,* *L. 6. 9. & 11. ff. de pollic.*

K 5 §. 10.

418) Inde, ſi quis ex turpi cauſa pollicitus eſt, non obligatur, item ſi ſine cauſa promiſerit, *L. 1. §. 1. ff. de pollic.* adeoque in pollicitatione valida expreſſio cauſſae requiritur. MAD.

419) Et recte, nam totum pollicitationis negotium ſolummodo ex iur. rom. diſpoſitione peruenit, ex eaque igitur vnice aeſtimandum. MAD.

Digitized by Google

§. 10.

Except. oppon. Exceptiones adplicabuntur,

1. *deficientis facultatis donandi* 420),
2. *non deliberato conſilio factae promiſſionis,*
3. *iniuſtae aut falſae cauſae,*
4. *paupertatis inſecutae* 421),
5. *hereditatis non ſufficientis,*
6. *deficientis conditionis,*
7. *praeſcriptionis* 422).

Libellus.

Kläger

Sempronius als beſtätigter Actor der Kirche zu St. Thomas allhier

contra

Titium Kauf- und Handelsmann allhier

Beklagten,

Bringet klagend an, welchergeſtalt Beklagter, als er vernommen, daß aus der Kirche zu St. Thomas der ganze Kirchen-Ornat geſtohlen worden, **der Kirche einen *Ornat* von 300 Thlr. zu ſchenken verſprochen;** Wenn ſich aber Beklagter ſein Verſprechen zu erfüllen geweigert; Als iſt Kläger, als gedachter Kirche beſtätigter Actor, wider Beklagten zu klagen genöthiget worden ꝛc.

Daß Beklagter den *libellirten* Kirchen-*Ornat* 300 Thlr. am Werth der klagenden Kirche zu *St. Thomas* allhier zu übergeben, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

420) *Promittendi, adeoque rem alienandi.* MAD.

421) *Plenariae*, quoniam huius intuitu pollicitanti tantum competit beneficium competentiae ad analogiam donationis. MAD.

422) Addenda eſt

8. *exceptio pollicitationis morte pollicitantis exſtinctae*, in caſu nimirum, quo factum nudum pollicitus eſt. MAD.

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM II.

DE

ACTIONIBVS EX CONVENTIONE ORIENTIBVS IN SPECIE EX MVTVO.

§. 1.

Expoſita actione ex pollicitatione oriunda, pergo ad *conuentionem* ſ. *pactum* 423).

§. 2.

Pactum eſt duorum, pluriumue in idem placitum conſenſus 424).

§. 3.

Diuiduntur pacta,

1. in *nuda*, &
2. *non nuda*,

Non

423) Verbum *pactum* h. l. eſt delendum, cum conuentio & pactum non ſint ſynonyma. HOM.

424) Totus hic §. 2. melius & accuratius ita ponendus: Conuentio eſt *duorum vel plurium in idem placitum conſenſus*, *L. 1. ff. de pact.* Haec diuiditur in *pactum* & *contractum.* Illud iur. rom. nec habet nomen nec cauſam ciuiliter obligantem; bene vero hic. Add. C. H. BREVNING *diſſ. an hodie actio ex contractu differat a condictione ex moribus.* HOM.

Digitized by Google

Non nuda comprehendunt

1. *contractus*,
2. *pacta legitima*,
3. *pacta contractui adiecta* 425).

Contractus ſunt

1. vel *veri* } contractus.
2. vel *quaſi* 426) }

Veri contractus 427) ſunt vel

1. *reales*, vel
2. *conſenſuales*, vel
3. *verbales*, vel
4. *litteralis* 428).

Reales

425) Potius diuiduntur pacta

1. *in nuda*, quae iur. romano non producebant actionem, bene vero iur. Germ. & hodierno, ſcil. CONDICTIONEM EX MORIBVS, & *datur ei, cui quid eſt promiſſum, contra promittentem, ad promiſſa implenda.* Et
2. in *non nuda ſeu veſtita*, quae comprehendunt
   a) pacta legitima,
   b) pacta praetoria &
   c) pacta contractui adiecta. HOM.

426) Sed noſtra ex ſententia contractus in veros & quaſi contractus, prout vel vero vel praeſumto conſenſu nitantur, recta ratione diuidi nequeunt, omnique legali fundamento deſtituitur haec diuiſio. MAD.

427) Nominati, qui habent certum nomen, ſpecificam formam, & nominatam actionem. HOM.

428) Veri contractus innominati, qui cauſam ciuiliter obligantem habent, ſunt vel *regulares*, vel *irregulares*, de quibus infra. HOM.

Reales ſunt, ad quorum perfectionem 429) traditio requiritur, cuius ſpecies ſunt,

1. MVTVVM,
2. COMMODATVM,
3. DEPOSITVM,
4. PIGNVS.

DE
CONDICTIONE CERTI EX MVTVO.

§. 1.

MVTVVM eſt *contractus realis, quo res fungibilis* 430) *in accipientem transfertur, vt in genere, in eadem qualitate & quantitate reſtituatur.*

§. 2.

Oritur exinde CONDICTIO CERTI EX MVTVO, quae eſt *actio perſonalis, ciuilis, rei perſecutoria, quae creditori & eius heredibus datur, aduerſus debitorem,* aut *eius heredes, vt acceptum mutuum in eadem qualitate & quantitate reſtituat.*

§. 3.

Datur creditori 431). Nomine *minorennium* tutores, vel curatores, nomine *piarum cauſarum* adminiſtratores vel actores, nomine *vniuerſitatum* vel adminiſtratores, vel ſyndici, vel actores agunt 432).

§. 4.

429) Praeter conſenſum. HOM.
Diſtinguas perfectionem a conſummatione. Cauſa contractuum realium in genere poſita eſt in implemento promiſſionis, adeoque in nominatis ſemper in traditione, in innominatis non ſemper. MAD.

430) Melius: *rei fungibilis dominium.* HOM.

431) Vel ceſſionario. HOM.

432) Pupilli & minores ſine tutore curatoreque ſi crediderunt, accepta repetuntur vel rei vindicatione, ſi adhuc

§. 4.

Non dominus quoque, conſumta re mutuo data, habebit condictionem ex *L. 13. ſ. 1. ff. de reb. credit.* 433) vel condictio ſine cauſa adplicari poterit, arg. *L. 1. §. vlt. ff. de. cond. ſine cauſa.*

§. 5.

Contra debitorem agendum eſt, qui *ſe obligandi poteſtate* gaudet, contra illos vero, qui ſub tutore vel curatore ſunt 434), aliter non competit, niſi vel res mutuo data adhuc exſtet, vel verſio in vtilitatem probetur 435).

§. 6.

Ciuitates vel vniuerſitates tunc ex mutuo obligantur, ſi vel *ſinguli mutuum acceperint*, vel *mandatum*

adhuc extant, conſumta ſine dolo condicuntur, cum dolo actione ad exhibendum, arg. *L. 11. §. 2. ff. de reb. cred.* Nec pupillus & minor datorum fert caſum fortuitum. Conf. G. F. KRAVS. diſſ. *de pecunia, pupillo ſine tutoris auctoritate ſoluta, damno creditoris pereunte.* HOM.

433) Si quis in poteſtate noſtra conſtitutus, absque noſtro conſenſu noſtros dedit nummos, mutuum non adeſt, adeoque & condictio haec non datur, quamvis nummos accipientis non facit, igitur vindicari poſſunt, ſi extant, ſi dolo malo conſumti, ad exhibendum agi, ſi ſine dolo malo conſumti, a domino condici poterunt, *L. 11. ff. de reb. cred.* ſi fur nummos credendi animo dederit, accipientis non facit, ſed naſcitur condictio, ſi conſumti ſint, *L. 13. eod.* MAD.

434) Et absque tutoris aut curatoris conſenſu contractum eſt mutuum, inualidum eſt mutuum, adeoque *condictio certi ex mut.* locum non habet. MAD.

435) A probatione tamen verſionis in rem creditor liberatur, ſi tutori, curatoriue mutuum datum. Minores ad reſtitutionem in integrum provocantes laeſionem probare tenentur, *L. 13. §. fin. C. de iudic. L. 7. §. 3. ff. & L. 5. C. de minor. XXV. annis.* HOM.

Digitized by Google

tum 436) *dederint*, vel *in vtilitatem verſa ſit pecunia*, *L. 1. ſ 1. ff.* & *L. 3. ff. quod cuiusu. vniuerſ. nom. L. 27. ff. de reb. cred.* 437)

§. 7.

Fines huius actionis ſunt: Finis.

1. principales, *vt tantumdem*, *ſc. in genere*, *in eadem qualitate & quantitate reſtituatur*, *L. 3. ff. de reb. cred* 438).
2. minus principales, *ad vſuras praeſtandas*, ſi vel promiſſae ſint, vel debitor in mora deprehendatur, quod vltimum iure rom. haud obtinet 439),
3. *ad poenam conuentionalem praeſtandam*, modo hoc pactum vſurariam prauitatem haud prodat.

§. 8.

436) E. g. ſyndico, tribunis plebis (den Viertelsmeiſtern) ſenioribus collegii, qui vniuerſitatem repraeſentant. HOM.

437) Ad probationem verſionis in rem vniuerſitatis iam ſufficit demonſtratio ex rationibus confectis deſumta, BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. II. th.* 2. *n.* 2. Renunciatio vero exceptionis de pecunia in rem ciuitatis non verſa, in chirographo ab adminiſtratore facta, creditorem non liberat ab hac probatione. WERNHER. *Part. I. Obſ. 162.* LEYSER *ad ff. Spec. 131. Med. 9. ſeq.*
Membrum vniuerſitatis tunc demum in ſolidum obligatur, ſi renunciatum fuerit beneficio diuiſionis. WERNHER. *Part. V. Obſ. 11.* HOM.

438) In reſtitutione rei reſpicitur ad tempus contractus. Vid. in Saxon. CONST. EL. *28. Part. II.* & MANDAT. *de an. 1763.* nec non facienda eſt in aedibus creditoris. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 140.* HOM.

439) Secundum *L. 3. C. de vſur.* Bene vero iure Imper. ſecundum RECESS. IMP. *de an. 1600.* §. So viel nun. & *de an. 1654.* §. *168.* & Saxon. DECIS. EL. *29.* HOM.
Falſum eſt, quod auctor dicit: quod vltimum iur. rom. non obtineat, mora enim iur. rom. generale fundamentum vſurarum exigendarum continet, & multo magis in mutuo, quam in aliis contractibus. MAD.

§. 8.

De fundamento eiusque prob. §. 8-12.

Fundamenta 440) haec conſiderabuntur:

1. *mutuum contractum*, cuius requiſita ſunt:
   a. *vt res fungibilis tradatur*,
   b. *vt in accipientem dominium transferatur* 441),
   c. *vt in genere* 442) *reſtituatur* 443).
2. *pactum de vſuris praeſtandis initum*,
3. *mora a debitore contracta*,
4. *poena conuentionalis pacto promiſſa*,
5. *correalis obligatio pacto conſtituta*, & quod reliqui non ſint ſoluendo 444).

§. 9.

Omnia haec requiſita, negante reo, probanda ſunt. Cum vero in libello etiam adiiciatur, ſolutionem haud eſſe factam, huius negatiuae probatio actori non incumbit 445).

§. 10.

440) Pro diuerſitate finis condictionis inſtituendae. MAD.

441) Quod tantum per accidens euenit, non vt neceſſario requiratur. MAD.

442) Tantundem ex eodem genere, adeoque eiusdem qualitatis, bonitatis & quantitatis. MAD.

443) Dicatur de ſingulari opinione CL. SALMASII in Diatr. *mutuum non eſſe alienationem*, & inde nata controuerſia litteraria. Vid. HOMMEL. *in Lit. Iur. cap. XVIII.* §. 9. Add. LIPEN. & SCHOTT. in *Biblioth. Iur.* ſub Rubr. *mutuum an ſit alienatio?* HOM.

444) Si nempe actor aduerſus, unum correorum debendi ad ſolidum agit ſoluendum, quoniam correi debendi beneficium habent diuiſionis, quousque omnes correi ſoluendo ſunt. MAD.

445) Sed ad exceptiones rei pertinet. MAD.

Digitized by Google

§. 10.

Actor etiam executiue progredi poteſt, modo omnia libelli capita ex documentis guarentigionatis pateant 446).

§. 11.

Si contra debitoris heredes executiue actor agere cupiat 447), mors quoque defuncti, & quod heredes adierint hereditatem, ex documentis adparere debet 448).

§. 12.

Competens iudex eſt vel domicilii, vel contractus; ſi tamen certus locus ſolutioni conſtitutus ſit, in alio loco agi nec hodie cum effectu poteſt, niſi in foro contractus praeſens inueniatur. De competentia iudicis.

§. 13.

Perpetua haec eſt actio & IVR. SAX. 31. ann. 6. ſept. 3. dies durat. Terminum *a quo* conſtituit tempus ad ſolutionem praefinitum. Quamdiu duret?

§. 14.

Tam heredibus actoris competit, quam contra heredes rei datur.

§. 15.

Exceptiones ſequentes pro enato caſu adcommodari poſſunt, Exceptiones.

1. de-

446) In Saxon. El. vid. ORD. PROC. REC. *App.* §. 4. HOM.

447) Praeter chirographum defuncti, quod mutuum probat. MAD.

448) In Sax. El. ſaluo proceſſu executiuo ſuper hoc punctum & litis conteſtatio exigi poteſt, de quibus plura in ORD. PROC. REC. *App.* §. 7. HOM.

Digitized by Google

1. *deficientis cauſae debendi* 449),
2. *mutui non rite conſtituti*,
3. *SCti Macedoniani*,
4. *mutui contra* MAND. SAX. EL. *de an.* 1718. *d.* 29. *Dec.* & 1724. *d.* 21. *April. dati*, unter den Beylagen der Erl. Proc. Ordn. ſub n. 25. & 26.
5. *diuiſionis*,
6. *non numeratae pecuniae* 450),
7. *plus petitionis ratione loci, temporis, rei, cauſae*,
8. *ſolutionis*,
9. *compenſationis*,
10. *adſignationis plenae*, vid. in SAX. MAND. EL. d. an. 1699. d. 23. Dec. unter den Beylagen der Erl. Proc. Ordn. ſub n. 28.
11. *dationis in ſolutum*,
12. *creditoris ad acceptationem immobilium in ſolutum obligati* 451), *Nou.* 4. *c. f. Nou.* 120. *Rec. I. d. a.* 1654. §. 172. 452)

13. *cre-*

449) Siue exceptionis inſtrumenti indiſcreti, ſi nimirum ex inſtrumento indiſcreto egerit actor. MAD.

Haec in proceſſu executiuo in Sax. El. non attenditur. ORD. PROC. REC. *App.* §. 5. HOM.

450) Quae exceptio a DD. nominatur *priuilegiata*, quoniam reus contra regulam hanc non probare debet, vid. infra *querel. de non num. pecun.* MAD.

Confer. de hac in Sax. El. DECIS. REG. *XXIII. d. an.* 1746. HOM.

451) Quae tamen exceptio praeponit, debitorem ad totum debitum ſoluendum bona ſufficientia immobilia quidem habere, ſed non habere copiam ſibi parandi pecuniam, propter publicam calamitatem, quia creditor ad acceptationem rerum non fungibilium in ſolutum crediti, in pecunia numerata conſiſtentis, extra hunc caſum non eſt obligatus. MAD.

452) Vid. ORD. PROC. SAX. REC. *App.* §. 6. HOM.

Digitized by Google

13. *creditoris ad partialem ſolutionem acceptandam obſtricti* 453), *Rec. I. d. a. 1654.*
14. *nouationis, delegationis,*
15. *remiſſionis,*
16. *ſolutionis, ob inſinuatam præceptum de non exſoluendo, denegandæ,*
17. *depoſitionis iudicialis,*
18. *dilationis legatæ,*
19. *verſionis in rem non factæ* 454),
20. *reſtitutionis in integrum,*
21. *præſcriptionis* 455).

Libellus executiuus contra heredes.

Kläger Georg Michael Streichein, contra Gerngroß Zalauſſens hinterlaſſene Erben, namentlich

Hans Chriſtoph }
Jonathan Chriſtian } Zalaus.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Gerngroß Zalaus von Klägern ein Darlehn von 1000 thlr. gegen landübliche Verzinſung à 5. pcent Mich. 1744. erborget, und ſolches Mich. Meſſe 1745. wieder zu bezahlen verſprochen; Wann aber derſelbe am 26. Sept. 1745 verſtorben, und Beklagte als ſeine Brüder zu Erben hinterlaſſen, dieſe auch die Erbſchaft an-

L 2 getre-

453) Praeponit vnicum caſum, quo debitor per diuturnam belli, aut aliam publ. calamitatem integram ſolutionem praeſtare non poteſt, licet rectius exceptio haec extendi non deberet. MAD.

454) Quae exceptio eſt fugitiua, i. e. non huc, ſed ad actionem de in rem verſo pertinet. MAD.

455) Addatur except.

22. *Leg. Anaſtaſianae.* Vid. in Sax. DECIS. EL. 28. HOM.

3. *pacta naturalia minuentia* ſunt *ſtrictae interpretationis*, hinc

4. *vno mutato naturali, reliqua mutata haud cenſentur* 410), niſi ſint connexa.

§. 18.

Accidentalia ſunt, quae per pacta contrahentium demum adiiciuntur 411).

§. 19.

Sunt vel *augentia*, ſi per pactum naturalibus quid additur, vel *minuentia*, ſi pactis naturalia mutantur.

§. 20.

Accidentalia adeſſe & abeſſe poſſunt. Hinc *non praeſumuntur.*

SECT.

410) Negotium improprium in vno non eſt negotium improprium in altero. MAD.

411) Adeoque negotiis ex ipſo iure inſunt, nec etiam, vno accidentali adiecto, argumentum valet ad cetera accidentalia affirmatiuum. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM I.
DE
ACTIONE PERSON. EX POLLICITATIONE.

§. 1.

Species factorum licitorum ſunt *pollicitatio* & *conventio* 412).

POLLICITATIO eſt *ſpontanea offerentis promiſſio, absque acceptatione facta*, *L. 3. ff. de pollicitat.*

§. 2.

Diuiditur in *nudam*, quae, priuato facta, effectum nullum producit, & *non nudam*, quae ad effectum producendi actionem ciuilem eſt confirmata; ex quo genere ſunt pollicitationes, quae Reipublicae, Ciuitati, Eccleſiae, vel Deo 413) fiunt, *L. 2. §. 2. ff. de pollicit. L. 9. ff. eod.*

§. 3.

ACTIO EX POLLICITATIONE vocanda eſt *condictio ex lege.* Quae eſt *actio perſonalis*, (neque enim rem adficit, *L. 2. ff. de pollicit.*) *quae datur Eccleſiae, Ciuitati, Vniuerſitati, Reipublicae, aduerſus pollicitantem, ad promiſſionem ſuam adimplendam.* De act. ex poll. indole §. 3-5.

412) Potius obligationes ex facto licito vel oriuntur ex promiſſione, vel ex iis negotiis, in quibus, obligatio quaſi ex contractu adeſſe cenſetur. Priori in caſu vel obligatio oritur ex pollicitatione, vel ex conuentione. MAD.

413) Sed pollicitatio, quae Deo fit, potius *votum* eſt ex principiis iuris canonici aeſtimandum; cum reliquae vocantur *pollicitationes in ſpecie ſic dictae.* MAD.

Digitized by Google

§. 4.

Si Ciuitati, vel Reipublicae 414) facta ſit promiſſio, adminiſtratoribus aut ſyndicis datur. Nomine Eccleſiae agunt praefecti aerarii eccleſiaſtici, die Kirchenvorſteher, aut actores.

§. 5.

Finis. Finis eſt, *vt adimpleat promiſſionem, quae vel ad dandum, vel praeſtandum, vel faciendum pertinebit.*

§. 6.

De eius fundamento §. 6. 7. Fundamentum eſt *pollicitatio legitime facta*, ad quam requiritur,

1. *perſona, quae obligandi gaudet poteſtate* 415),
2. *res alienari haud prohibita*,
3. *vt voluntas a praeſente ſit declarata, non per epiſtolam, L. 5. ff. h. t.* 416) quod hodie non obſeruatur 417),
4. *vt animo deliberato facta*,

5. *ex*

414) Potius, ſi Reipublicae facta eſt, aduocati ſeu procuratores fiſci, ſi Ciuitati iure romano adminiſtratores rerum ciuitatis, hodie vero ſyndici ciuitatum, & ſi Eccleſiae, aut patroni ipſius eccleſiae, aut eius adminiſtratores, vulgo die Kirchenvorſteher, denique ſi aliis Vniuerſitatibus ſyndici, ſi qui ſint conſtituti, aut earum procuratores condictionem hanc ex pollicitatione inſtituunt, omniaque peragere debent, quae ad officium actoris pertinent, absque mandato, quum ad legitimationem eorum ſolum requiratur probatio muneris illis collati. MAD.

415) Pubes & vxor ſine marito exinde obligatur, ſi promiſſum eſt factum perſonale diſciplinae domeſticae non contrarium. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. I. theſ. 5. n. 2.* HOM.

416) Vid. CVIACIVS *in Obſ. Iur. Lib. XXVI. Obſ. 19.* HOM.

417) Vid. BACH. ad *Berger. Oec. Iur. p. 437.* HOM

5. *ex iuſta cauſa* 418),
6. *vt, ſi defecerit iuſtae cauſae expreſſio, promittens promiſſionem adimplere coeperit,* *L. 1. §. 1. 2. & 3. ff. de pollicit.*

§. 7.

Iure rom. 3. 5. aut 6tum requiſitum actor probare debebat, Hodie vero, cum abſque dubio ficta acceptatio verae donationis effectum producat, nihil probandum opinor praeter declarationem voluntatis. Aliter tamen ſentiunt & ciuili iuri inſiſtunt 419), STRYCK *Vſ. Mod. Tit. de pollic. ſ. 1.* BERGER. *in Oec. Iur. L. III. Tit. I. th. 5. n. 3.*

§. 8.

Domicilii forum competens eſt, & durat haec actio perpetuo. De foro compet.

§. 9.

Quoad heredes pollicitantis, aut vouentis ſequentia in conſideratione erunt: An ad heredes tranſeat?

1. *factum perſonale heredes non obligat,*
2. *ſi reale factum*, aut *quantitas*, vel *res promiſſa*, ita diſtingas:
   a. *ſi bona pollicitantis ſufficiunt, tenentur heredes in ſolidum,*
   b. *ſi non ſufficiant, & pollicitatio facta ob honorem collatum, heredes pariter in ſolidum obſtringuntur,*
   c. ſi talis cauſa non ſubſit, *liberi in decimam, extranei in quintam partem obſtringuntur,* *L. 6. 9. & 11. ff. de pollic.*

 §. 10.

418) Inde, ſi quis ex turpi cauſa pollicitus eſt, non obligatur, item ſi ſine cauſa promiſerit, *L. 1. §. 1. ff. de pollic.* adeoque in pollicitatione valida expreſſio cauſſae requiritur. MAD.

419) Et recte, nam totum pollicitationis negotium ſolummodo ex iur. rom. diſpoſitione peruenit, ex eaque igitur vnice aeſtimandum. MAD.

Digitized by Google

§. 10.

Except. oppon. Exceptiones adplicabuntur,

1. *deficientis facultatis donandi* 420),
2. *non deliberato conſilio factae promiſſionis*,
3. *iniuſtae aut falſae cauſae*,
4. *paupertatis inſecutae* 421),
5. *hereditatis non ſufficientis*,
6. *deficientis conditionis*,
7. *praeſcriptionis* 422).

Libellus.

Kläger

Sempronius als beſtätigter Actor der Kirche zu St. Thomas allhier

contra

Titium Kauf- und Handelsmann allhier

Beklagten,

Bringet klagend an, welchergeſtalt Beklagter, als er vernommen, daß aus der Kirche zu St. Thomas der ganze Kirchen-Ornat geſtohlen worden, **der Kirche einen *Ornat* von 300 Thlr. zu ſchenken verſprochen;** Wenn ſich aber Beklagter ſein Verſprechen zu erfüllen geweigert; Als iſt Kläger, als gedachter Kirche beſtätigter Actor, wider Beklagten zu klagen genöthiget worden ꝛc.

Daß Beklagter den *libellirten* Kirchen-*Ornat* 300 Thlr. am Werth der klagenden Kirche zu *St. Thomas* allhier zu übergeben, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

420) *Promittendi*, *adeoque rem alienandi.* MAD.

421) *Plenariae*, quoniam huius intuitu pollicitanti tantum competit beneficium competentiae ad analogiam donationis. MAD.

422) Addenda eſt
8. *exceptio pollicitationis morte pollicitantis exſtinctae*, in caſu nimirum, quo factum nudum pollicitus eſt. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM II.

DE

ACTIONIBVS EX CONVENTIONE ORIENTIBVS IN SPECIE EX MVTVO.

§. 1.

Expoſita actione ex pollicitatione oriunda, pergo ad *conuentionem* ſ. *pactum* 423).

§. 2.

Pactum eſt duorum, pluriumue in idem placitum conſenſus 424).

§. 3.

Diuiduntur pacta,

1. in *nuda*, &
2. *non nuda*,

Non

423) Verbum *pactum* h. l. eſt delendum, cum conuentio & pactum non ſint ſynonyma. HOM.

424) Totus hic §. 2. melius & accuratius ita ponendus: Conuentio eſt *duorum vel plurium in idem placitum conſenſus*, *L.1. ff. de pact.* Haec diuiditur in *pactum* & *contractum*. Illud iur. rom. nec habet nomen nec cauſam ciuiliter obligantem; bene vero hic. Add. C. H. BREVNING *diſſ. an hodie actio ex contractu differat a condictione ex moribus.* HOM.

Digitized by Google

Non nuda comprehendunt

1. *contractus*,
2. *pacta legitima*,
3. *pacta contractui adiecta* 425).

Contractus ſunt

1. vel *veri*
2. vel *quaſi* 426) } contractus.

Veri contractus 427) ſunt vel

1. *reales*, vel
2. *conſenſuales*, vel
3. *verbales*, vel
4. *litteralis* 428).

Reales

425) Potius diuiduntur pacta

1. *in nuda*, quae iur. romano non producebant actionem, bene vero iur. Germ. & hodierno, ſcil. CONDICTIONEM EX MORIBVS, & *datur ei, cui quid eſt promiſſum, contra promittentem, ad promiſſa implenda.* Et
2. in *non nuda ſeu veſtita*, quae comprehendunt
   a) pacta legitima,
   b) pacta praetoria &
   c) pacta contractui adiecta. HOM.

426) Sed noſtra ex ſententia contractus in veros & quaſi contractus, prout vel vero vel praeſumto conſenſu nitantur, recta ratione diuidi nequeunt, omnique legali fundamento deſtituitur haec diuiſio. MAD.

427) Nominati, qui habent certum nomen, ſpecificam formam, & nominatam actionem. HOM.

428) Veri contractus innominati, qui cauſam ciuiliter obligantem habent, ſunt vel *regulares*, vel *irregulares*, de quibus infra. HOM.

Digitized by Google

Reales ſunt, ad quorum perfectionem 429) traditio requiritur, cuius ſpecies ſunt,

1. MVTVVM,
2. COMMODATVM,
3. DEPOSITVM,
4. PIGNVS.

DE CONDICTIONE CERTI EX MVTVO.

§. 1.

MVTVVM eſt *contractus realis, quo res fungibilis* 430) *in accipientem transfertur, vt in genere, in eadem qualitate & quantitate reſtituatur.*

§. 2.

Oritur exinde CONDICTIO CERTI EX MVTVO, quae eſt *actio perſonalis, ciuilis, rei perſecutoria, quae creditori & eius heredibus datur, aduerſus debitorem*, aut *eius heredes, vt acceptum mutuum in eadem qualitate & quantitate reſtituat.*

§. 3.

Datur creditori 431). Nomine *minorennium* tutores vel curatores, nomine *piarum cauſarum* adminiſtratores vel actores, nomine *vniuerſitatum* vel adminiſtratores, vel ſyndici, vel actores agunt 432).

§. 4.

429) Praeter conſenſum. HOM.
Diſtinguas perfectionem a conſummatione. Cauſa contractuum realium in genere poſita eſt in implemento promiſſionis, adeoque in nominatis ſemper in traditione, in innominatis non ſemper. MAD.

430) Melius: *rei fungibilis dominium.* HOM.

431) Vel ceſſionario. HOM.

432) Pupilli & minores ſine tutore curatoreque ſi crediderunt, accepta repetuntur vel rei vindicatione, ſi adhuc

§. 4.

Non dominus quoque, conſumta re mutuo data, habebit condictionem ex *L. 13. ſ. 1. ff. de reb. credit.* 433) vel condictio ſine cauſa adplicari poterit, arg. *L. 1. §. vlt. ff. de. cond. ſine cauſa.*

§. 5.

Contra debitorem agendum eſt, qui *ſe obligandi poteſtate* gaudet, contra illos vero, qui ſub tutore vel curatore ſunt 434), aliter non competit, niſi vel res mutuo data adhuc exſtet, vel verſio in vtilitatem probetur 435).

§. 6.

Ciuitates vel vniuerſitates tunc ex mutuo obligantur, ſi vel *ſinguli mutuum acceperint*, vel *mandatum*

adhuc extant, conſumta ſine dolo condicuntur, cum dolo actione ad exhibendum, arg. *L. 11. §. 2. ff. de reb. cred.* Nec pupillus & minor datorum fert caſum fortuitum. Conf. G. F. KRAVS. diſſ. *de pecunia, pupillo ſine tutoris auctoritate ſoluta, damno creditoris pereunte.* HOM.

433) Si quis in poteſtate noſtra conſtitutus, abſque noſtro conſenſu noſtros dedit nummos, mutuum non adeſt, adeoque & condictio haec non datur, quamvis nummos accipientis non facit, igitur vindicari poſſunt, ſi extant, ſi dolo malo conſumti, ad exhibendum agi, ſi ſine dolo malo conſumti, a domino condici poterunt, *L. 11. ff. de reb. cred.* ſi fur nummos credendi animo dederit, accipientis non facit, ſed naſcitur condictio, ſi conſumti ſint, *L. 13. eod.* MAD.

434) Et abſque tutoris aut curatoris conſenſu contractum eſt mutuum, inualidum eſt mutuum, adeoque *condictio certi ex mut.* locum non habet. MAD.

435) A probatione tamen verſionis in rem creditor liberatur, ſi tutori, curatoriue mutuum datum. Minores ad reſtitutionem in integrum provocantes laeſionem probare tenentur, *L. 13. §. fin. C. de iudic. L. 7. §. 3. ff. & L. 5. C. de minor. XXV. annis.* HOM.

Digitized by Google

tum 436) *dederint*, vel *in vtilitatem verſa ſit pecunia*, *L. 1. ſ. 1. ff.* & *L. 3. ff. quod cuiusu. vniuerſ. nom. L. 27. ff. de reb. cred.* 437)

§. 7.

Fines huius actionis ſunt:

1. principales, *vt tantumdem*, *ſc. in genere*, *in eadem qualitate & qaantitate reſtituatur*, *L. 3. ff. de reb. cred* 438). Finis.
2. minus principales, *ad vſuras praeſtandas*, ſi vel promiſſae ſint, vel debitor in mora deprehendatur, quod vltimum iure rom. haud obtinet 439),
3. *ad poenam conuentionalem praeſtandam*, modo hoc pactum vſurariam prauitatem haud prodat.

§. 8.

436) E. g. ſyndico, tribunis plebis (den Viertelsmeiſtern) ſenioribus collegii, qui vniuerſitatem repraeſentant. HOM.

437) Ad probationem verſionis in rem vniuerſitatis iam ſufficit demonſtratio ex rationibus confectis deſumta, BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. II. th. 2. n. 2.* Renunciatio vero exceptionis de pecunia in rem ciuitatis non verſa, in chirographo ab adminiſtratore facta, creditorem non liberat ab hac probatione. WERNHER. *Part. I. Obſ. 162.* LEYSER *ad ff. Spec. 131. Med. 9. ſeq.*
Membrum vniuerſitatis tunc demum in ſolidum obligatur, ſi renunciatum fuerit beneficio diuiſionis. WERNHER. *Part. V. Obſ. 11.* HOM.

438) In reſtitutione rei reſpicitur ad tempus contractus. Vid. in Saxon. CONST. EL. *28. Part. II.* & MANDAT. *de an. 1763.* nec non facienda eſt in aedibus creditoris. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 140.* HOM.

439) Secundum *L. 3. C. de vſur.* Bene vero iure Imper. ſecundum RECESS. IMP. *de an. 1600.* §. So viel nun. & *de an. 1654.* §. *168.* & Saxon. DECIS. EL. *29.* HOM.
Falſum eſt, quod auctor dicit: quod vltimum iur. rom. non obtineat, mora enim iur. rom. generale fundamentum vſurarum exigendarum continet, & multo magis in mutuo, quam in aliis contractibus. MAD.

Digitized by Google

§. 8.

De fundamento eiusque prob. §. 8-12.

Fundamenta 440) haec conſiderabuntur:

1. *mutuum contractum*, cuius requiſita ſunt:
   a. *vt res fungibilis tradatur*,
   b. *vt in accipientem dominium transferatur* 441),
   c. *vt in genere* 442) *reſtituatur* 443).
2. *pactum de vſuris praeſtandis initum*,
3. *mora a debitore contracta*,
4. *poena conuentionalis pacto promiſſa*,
5. *correalis obligatio pacto conſtituta*, & quod reliqui non ſint ſoluendo 444).

§. 9.

Omnia haec requiſita, negante reo, probanda ſunt. Cum vero in libello etiam adiiciatur, ſolutionem haud eſſe factam, huius negatiuae probatio actori non incumbit 445).

§. 10.

440) Pro diuerſitate finis condictionis inſtituendae. MAD.

441) Quod tantum per accidens euenit, non vt neceſſario requiratur. MAD.

442) Tantundem ex eodem genere, adeoque eiusdem qualitatis, bonitatis & quantitatis. MAD.

443) Dicatur de ſingulari opinione CL. SALMASII in Diatr. *mutuum non eſſe alienationem*, & inde nata controuerſia litteraria. Vid. HOMMEL. *in Lit. Iur. cap. XVIII.* §. *9.* Add. LIPEN. & SCHOTT. in *Biblioth. Iur.* ſub Rubr. *mutuum an ſit alienatio?* HOM.

444) Si nempe actor aduerſus, unum correorum debendi ad ſolidum agit ſoluendum, quoniam correi debendi beneficium habent diuiſionis, quousque omnes correi ſoluendo ſunt. MAD.

445) Sed ad exceptiones rei pertinet. MAD.

Digitized by Google

§. 10.

Actor etiam executiue progredi poteſt, modo omnia libelli capita ex documentis guarentigionatis pateant 446).

§. 11.

Si contra debitoris heredes executiue actor agere cupiat 447), mors quoque defuncti, & quod heredes adierint hereditatem, ex documentis adparere debet 448).

§. 12.

Competens iudex eſt vel domicilii, vel contractus; ſi tamen certus locus ſolutioni conſtitutus ſit, in alio loco agi nec hodie cum effectu poteſt, niſi in foro contractus praeſens inueniatur. De competentia iudicis.

§. 13.

Perpetua haec eſt actio & IVR. SAX. 31. ann. 6. ſept. 3. dies durat. Terminum *a quo* conſtituit tempus ad ſolutionem praefinitum. Quamdiu duret?

§. 14.

Tam heredibus actoris competit, quam contra heredes rei datur.

§. 15.

Exceptiones ſequentes pro enato caſu adcommodari poſſunt, Exceptiones.

1. de-

446) In Saxon. El. vid. ORD. PROC. REC. *App.* §. 4. HOM.

447) Praeter chirographum defuncti, quod mutuum probat. MAD.

448) In Sax. El. ſaluo proceſſu executiuo ſuper hoc punctum & litis conteſtatio exigi poteſt, de quibus plura in ORD. PROC. REC. *App.* §. 7. HOM.

Digitized by Google

1. *deficientis cauſae debendi* 449),
2. *mutui non rite conſtituti*,
3. *SCti Macedoniani*,
4. *mutui contra* MAND. SAX. EL. *de an. 1718. d. 29. Dec. & 1724. d. 21. April. dati*, unter den Beylagen der Erl. Proc. Ordn. ſub n. 25. & 26.
5. *diuiſionis*,
6. *non numeratae pecuniae* 450),
7. *plus petitionis ratione loci, temporis, rei, cauſae*,
8. *ſolutionis*,
9. *compenſationis*,
10. *adſignationis plenae*, vid. in SAX. MAND. EL. d. an. 1699. d. 23. Dec. unter den Beylagen der Erl. Proc. Ordn. ſub n. 28.
11. *dationis in ſolutum*,
12. *creditoris ad acceptationem immobilium in ſolutum obligati* 451), *Nou. 4. c. f. Nou. 120. Rec. I. d. a. 1654. §. 172.* 452)

13. *cre-*

449) Siue exceptionis inſtrumenti indiſcreti, ſi nimirum ex inſtrumento indiſcreto egerit actor. MAD.

Haec in proceſſu executiuo in Sax. El. non attenditur. ORD. PROC. REC. *App.* §. 5. HOM.

450) Quae exceptio a DD. nominatur *priuilegiata*, quoniam reus contra regulam hanc non probare debet, vid. infra *querel. de non num. pecun.* MAD.

Confer. de hac in Sax. El. DECIS. REG. *XXIII. d. an. 1746.* HOM.

451) Quae tamen exceptio praeponit, debitorem ad totum debitum ſoluendum bona ſufficientia immobilia quidem habere, ſed non habere copiam ſibi parandi pecuniam, propter publicam calamitatem, quia creditor ad acceptationem rerum non fungibilium in ſolutum crediti, in pecunia numerata conſiſtentis, extra hunc caſum non eſt obligatus. MAD.

452) Vid. ORD. PROC. SAX. REC. *App.* §. 6. HOM.

Digitized by Google

13. *creditoris ad partialem ſolutionem acceptandam obſtricti* 453), *Rec. I. d. a. 1654,*
14. *nouationis, delegationis,*
15. *remiſſionis,*
16. *ſolutionis, ob inſinuatam præceptum de non exſoluendo, denegandæ,*
17. *depoſitionis iudicialis,*
18. *dilationis legatæ,*
19. *verſionis in rem non factæ* 454),
20. *reſtitutionis in integrum,*
21. *præſcriptionis* 455).

Libellus executiuus contra heredes.

Kläger Georg Michael Streichein, contra Gerngroß Zalauſſens hinterlaſſene Erben, namentlich

Hans Christoph } Zalaus.
Jonathan Christian }

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Gerngroß Zalaus von Klägern ein Darlehn von 1000 thlr. gegen landsübliche Verzinſung à 5. pcent Mich. 1744. erborget, und ſolches Mich. Meſſe 1745. wieder zu bezahlen verſprochen; Wann aber derſelbe am 26. Sept. 1745 verſtorben, und Beklagte als ſeine Brüder zu Erben hinterlaſſen, dieſe auch die Erbſchaft angetre-

453) Praeponit vnicum caſum, quo debitor per diuturnam belli, aut aliam publ. calamitatem integram ſolutionem praeſtare non poteſt, licet rectius exceptio haec extendi non deberet. MAD.

454) Quae exceptio eſt fugitiua, i. e. non huc, ſed ad actionem de in rem verſo pertinet. MAD.

455) Addatur except.

22. *Leg. Anaſtaſianae.* Vid. in Sax. DECIS. EL. 28. HOM.

getreten und Erben ſeyn wollen, wie ſolches aus denen Doc. ſub A. B. C. mit mehrern erhellet: dieſe ſich hingegen verweigern obgedachtes Capital nebſt denen von Mich. 1744. aufgelaufenen Intereſſen zu bezahlen; Als iſt Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert dannenhero Recognition derer Documente ſub A. B. C. nach deren Erfolg er zu erkennen bittet:

Daß Beklagter die *libellirten* 1000. Thlr. nebſt denen *Intereſſen* von *Michaelis* 1744. *a 5. pcent*, auch alle verurſachten Unkoſten 456). zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

456) Quum exemplum libelli executiui dare voluerit auctor, in facti ſpecie exprimendum erat, mutuum ipſum fundari in chirographo, et tunc petito adiicienda eſt forma, qua petitio executiui proceſſus cognoſcitur, binnen — Wochen, bey Vermeidung richterlicher Hülfe. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM III.

DE

ACTIONE COMMODATI DIRECTA ET CONTRARIA.

§. 1.

COMMODATVM eſt *contractus realis*, *quo res non fungibilis ad certum vſum gratis alteri traditur, vt ab eodem, finito vſu, in ſpecie reſtituatur.*

§. 2.

Oritur ex hoc contractu ACTIO DIRECTA & CONTRARIA. In genere autem *actio directa* ex contractu 457) contra principaliter 458) obligatam perſonam, *contraria* vero contra minus principaliter, 459) ad indemnitatem tantum praeſtandam obligatam, datur.

DE

ACTIONE COMMODATI DIRECTA.

§. 1.

Eſt *actio perſonalis ciuilis rei perſecutoria*, *b. f. quae datur commodanti*, aut eius heredibus, *aduerſus commodatarium*, aut eius heredes, *ad commodatum finito vſu reſtituendum & reliqua*, vel ex natura contractus, vel pactis adiectis deſcendentia, *praeſtanda*. De act. commod. direct. ind. §. 1-5.

§. 2.

Datur *commodanti*, licet rem alienam in commodatum dederit, *L. 15. ſeq. ff. commodat. vel contra.*

 Nec

457) Bilaterali. HOM.

458) Et ab initio. HOM.

459) Et ex poſt facto. HOM.

Digitized by Google

Nec reus eo nomine exceptione vti poteſt, cum ſit de iure tertii.

§. 3.

Datur aduerſus commodatarium & contra plures quidem in ſolidum, ob expreſſam *L. 5. §. vlt. ff. h. t.* diſpoſitionem. Quam legem LVDOVICI *in Doctr. Pand. h. t. §. 10.* male de *correali obligatione, conuentione conſtituta*, 460) explanat. Ratio legis ſine dubio eſt, *ne commodans, beneficium praebens, in plures diſtringatur debitores.*

§. 4.

Diſſentientes vrgent *L. 21. in fin. ff. eod.* vbi verba: *communi periculo.* Sed haec lex non regulam, ſed exceptionem tradit, ſi per conuentionem ita determinatum ſit, quod communi periculo accipiant commodatarii commodatum 461).

§. 5.

Finis. Finis & quidem

1. *principalis* eſt, *vt commodatum finito vſu in ſpecie reſtituat.* Ob improuiſam tamen neceſſitatem

460) PAPINIANVS tamen regulam ſtruxit *L. 19. ff. de duob. reis* in contractibus, inter quos expreſſe commodatum refert, in ſolidum non obligari, niſi fidem in ſolidum ſecutus ſit alter. VLPIANVS autem *h. l.* in commodato vehiculi duos in totum teneri, AFRICANVS contra pro parte. Auctoris explicationem plerique commentatorum ſequuntur, & PACIVS Εναντιοφ. *cent. IV. qu. 41.* In dubia hac re regulam potius *L. 19.* expreſſam ſequimur, adeo, vt omnes obſtantes LL. de eo caſu interpretari malimus, quo per ſingulare pactum correalis obligatio inducta ſit. MAD.

461) Contra tertium rei poſſeſſorem non datur haec actio, nec obſtat IVS. PROV. SAX. *Lib. II. Art. 60.* Conf. C. H. BREVNING. Diſſ. *an commodati directa actio dari poſſit contra tertium poſſeſſorem?* HOM.

Digitized by Google

tatem etiam ante repeti poteſt, *arg. L. 3. C. locat.*

2. *minus principalis*, ad *culpam leuiſſimam præſtandam* 462). Euolue *L. 5. §. 2. ff. commod. vel contra*, iuncta *L. 18. pr. eod.* in qua verbum *diligentia* explicatur 463). Iunge pariter *L. 5. §. 10. et L. 18. pr. ff. eod.* vbi exceptiones de lata et leui culpa.

3. *ad caſum fortuitum præſtandum*, ſi ita *conuentum*, ſi *æſtimatam rem venditionis gratia acceperit*, ſi *in mora ſit commodatarius* 464), *L. 5. §. 4. 7. ff. h. t. c. vn. X. eod.* vel *furtum* 465), *commiſerit commodatarius* 466).

§. 6.

Ad fundamenta huius actionis pertinet, Fundamenta.

1. *commodatum legitime contractum*, cuius eſſentialia ſunt:

462) Potius ad damnum ex culpa praeſtandum ſecundum culpae qualitatem, pro diuerſitate caſuum determinandum, de quibus iure Pand. ſatis conſtat. Nempe ſi in ſolius commodatarii vtilitatem initum eſt, cuſtodia exactiſſima, diligentia ſumma & culpa leuiſſima eſt praeſtanda. Si in ſolius commodantis vtilitatem, non cuſtodiam ordinariam & diligentiam ordinariam, ſed culpam latam tantum praeſtat commodatarius; ſin in vtriusque vtilitatem, cuſtodia exacta & diligentia ordinaria & culpa levis praeſtari debet. Ita ſecundum LL. citt. res determinanda. MAD.

463) Hinc in communi periculo res commodatae rebus propriis, quoque pretioſioribus, ſunt praeferendae, *L. 5. §. 4. ff. eod.* HOM.

464) Vid. not. ad §. 4. Sect. 1. cap. 1. MAD.

465) Etiam ſi *furtum vſus* commiſerit, quo in caſu & actio furti datur, *L. 5. §. 8. ff. h. t. §. 6. I. de obligat. quae ex del.* MAD.

466) Add. vel *eius culpa caſum praeceſſerit.* Conf. M. H. GRIBNERI Diſſ. *de aequitate legum Romanarum circa periculum rei commodatae.* HOM.

Digitized by Google

a. *traditio rei non fungibilis*, 467)
b. *ad certum vſum*,
c. *eumdemque gratuitum*, 468)
d. *vt finito vſu in ſpecie reſtituatur*,

2. *finitum eſſe vſum.* 469)
3. *culpa commodatarii*, *qua res commodata* vel *periit*, vel *deteriorata* eſt,
4. *mora*, vel *quod ad alium vſum applicuerit commodatum.* Quod fundamentum potiſſimum ad caſus fortuiti praeſtationem pertinet.
5. *obligatio correalis lege conſtituta*,
6. *pactum*, *quo quoad accidentalia quid determinatur.*

§. 7.

Omnia haec fundamenta, reo negative litem conteſtante, probanda ſunt, ſi excipias *quinto loco* poſitum, quia hoc ad naturalia ſpectat, adeoque praeſumitur.

§. 8.

In damnorum probatione reſpiciendum

1. *an damnum ſit datum*, ſc. quod res vel perierit, vel deterior facta ſit, illudque probandum,
2. *an dolo* vel *culpa ſit datum*,
3. *ad quantitatem damni.*

§. 9.

467) Nec excluditur pecunia dicis gratia data, L. 4. *ff. eod.* HOM.

468) Nec honorarium mutat commodatum, arg. L. 6. *ff. mandat.* HOM.

469) Vid. de hoc §. 5. n. 1. MAD.

Digitized by Google

§. 9.

Incidit in controuerſiam, *an culpa probanda ſit?* Haec autem lis optime hoc modo conciliabitur:

1. *ſi tale eſt negotium, in quo culpa leuiſſima praeſtari debet*, actor *culpam non probabit*; cum enim caſus fortuitus non praeſumatur, culpoſum magis damnum erit praeſumendum.
2. *ſi in negotio lata aut leuis culpa tantum praeſtetur*, actor probabit, *damnum culpa tali eſſe datum*, niſi forſitan eius generis ſit, quod ex omiſſione diligentiae boni patrisfamilias defluxiſſe praeſumendum 470).

§. 10.

Quantitas damni quoque probatione indiget. Cui vel teſtes vel documenta deſeruient 471).

§. 11.

Rebus deterioratis vtile eſt, rem per peritos aeſtimari; vbi requiritur

1. *vt ſint iurati & periti*, 472)
2. *vt qualitatem rei ſciant tempore traditionis*,
3. *comparata nunc qualitate rei aeſtiment.*

470) Si vero
3. *de damno per negligentiam aut per omiſſionem cuſtodiae debitae dato* ſermo eſt, actor earum probationem ſuſcipere non tenetur, quoniam propoſitionem mere negatiuam continet, adeoque reus potius probare debet, ſe debitam diligentiam atque cuſtodiam adhibuiſſe. MAD.,

471) Etiam interdum ocularis inſpectio. MAD.

472) In Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. Tit. XXVIII. §. 2. HOM.

§. 12.

Si res perierit, 473) aliique modi probandi deficiant, iuramento in litem vel veritatis, vel adfectionis locus erit, *L. 5. pr. ff. de in lit. iur.*

§. 13.

De competentia iudicis. Competens iudex eſt, vel domicilii, vel contractus, & durat haec actio perpetuo.

§. 14.

Vtrinque tranſit ad heredes, neque tamen correaliter, ſed tantum pro rata hereditaria obligantur 474).

§. 15.

Exceptiones oppon. Exceptiones nota

1. *retentionis*, 475)
2. *deficientis poteſtatis ſe obligandi,*
3. *vſus nondum finiti,*
4. *rei caſu peremtae,*
5. *Arreſti impoſiti,*
6. *commodati commodanti tantum vtilitatem praeſtantis*, & hinc *culpae latae tantum praeſtandae,*
7. *commodati communem vtilitatem praebentis,* & ſic *rei ad leuem culpam tantum obligati,*
8. *culpae pacto remiſſae,*

9. *damni*

473) Aut deterior reddita ſit. Iuramento adfectionis locus, ſi dolo peremta ſit res, & in eam adfectio cadit. MAD.

474) Niſi vnus facultatem totius rei reſtituendae habeat, & non faciat, *L. 3. §. 3. ff. commodat. vel contr.* vel ex vnius heredis facto agatur, *L. 17. §. 2. ff. eod.* HOM.

475) In iis nempe caſibus, in quibus actori licet, ſcil. ſi impenſas neceſſarias in ipſam rem fecit. Ratione ceterarum non concedenda retentio. MAD.

9. *damni a tertio dati,*

10. *morae commodantis in acceptando,*

11. *credidi, te conſenſurum in alium vſum, quem improuiſus caſus obtulit,* 476)

12. *rei commodatae ex praecedente vitio peremtae*, aut *deterioratae,*

13. *res eodem modo apud te periiſſet,*

14. *caſus fortuiti inſolitiſſimi,* 477)

15. *plurium coheredum,*

16. *commodati communi periculo dati,*

17. *donationis,*

18. *praeſcriptionis* 478).

Libellus.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Kläger ſein Reißzeug, ſo nach der Specification ſub ⊙ in 20 Stück beſtehet, nebſt dem dazu gehörigen Futeral von rothem Corduan den 4ten Febr. a. c. Beklagten auf 14 Tage gelehnet; Wann aber Beklagter nach Ablauf ſothaner Friſt ſich der Reſtitution bemeldeten Reißzeugs und Futerals verweigert; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter das libellirte Reißzeug nebſt dem Futeral zu reſtituiren, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

DE

476) Quae exceptio tamen ceſſat, cum nemini ius eſt, alterius conſenſum praeſumendi, & furtum vſus non deſinat per improuiſam neceſſitatem. MAD.

477) Sed ſiue ſit ſolitus, cogitatus, aut inſolitiſſimus, modo eum generaliter ſuſceperit. MAD.

478) Adde:
19. *dominii proprii in continenti liquidi.* HOM.

DE
ACTIONE COMMODATI CONTRARIA.

§. 16.

De act. comm. contr. indole §. 16-19. Eſt *actio ciuilis perſonalis rei perſecutoria b. f. quae datur commodatario*, aut eius heredibus, *aduerſus commodantem*, aut eius heredes, ***ad indemnitatem praeſtandam.***

§. 17.

Fructuoſius eſt *beneficium retentionis*, 479) *L. 18. ſſ. fin. ff. commod. vel contr. L. 156. ſſ. 1. ff. de reg. iur.* quod commodatario datur, *modo illud, quod rei commodatae intuitu commodatario debetur, ſit liquidum*, alias eousque tantum retentione fruitur, quousque commodans cautionem non praeſtitit.

§. 18.

Tendit ad indemnitatem conſequendam, quae tam in expenſarum, quam damnorum lata culpa, aut dolo 480) datorum, conſiſtit, *L. 17. §. 3. & L. 18. §. 3. ff. commod. vel contr.*

§. 19.

Neceſſarias modicas impenſas 481) non recuperat commodatarius, *L. 18. ſſ. 2. ff. eod.* vtiles & voluptuarias regulariter tantum tollit 482).

§. 20.

479) Sed ius retentionis tantum commodatario competit, intuitu impenſarum neceſſariarum in ipſam rem factarum, adeo vt ratione ceterarum nullum aliud remedium illi competit, quam actio haec commodati contraria. MAD.

480) Aut intempeſtiua & illegitima rei commodatae reuocatione. HOM.

481) Neceſſariae impenſae modicae ſunt illae, quae quidem in conſeruationem ipſius rei commodatae tendunt, quæ vero ad vſum percipiendum ita requiruntur, vt absque illis plane percipi nequeat vſus v.c. cibaria. MAD.

482) Niſi ad has acceſſerit conſenſus expreſſus, vel tacitus commodantis. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. II. th. 7.* HOM.

§. 20.

Fundamenta igitur huius actionis facile ex fine patent, De fundamentis.

1. *commodati contractus eſſentialia, naturalia & accidentalia,*

2. *impenſarum in rem commodatam collocatio,* vbi

   a. probanda eſt *quantitas,*

   b. vel *neceſſitas,* 483) vel *quod commodans vtiles,* vel *voluptarias iam inchoauerit,* vel *ipſius voluntate factae ſint.*

3. *damna dolo, vel lata culpa data,* in quorum probatione reſpicias

   a. *an damnum?*

   b. *an dolo,* vel *culpa datum?*

   c. *quanti aeſtimetur?*

§. 21.

Eadem fori competentia, quae in actione directa, attenditur. Si vero ante directa actio 484) iam ſit inſtituta, haec actio in eodem foro tamquam reconventio ventilari debet 485). Forum compet.

§. 22.

Exceptiones ſunt Exceptiones.

1. *impenſarum modicarum,*

2. *culpa impenſis cauſam dediſti,*

3. *im-*

483) Potius ſic: vel *neceſſitas* vel *vtilitas* harum impenſarum, quoad voluptuarias autem, quod commodans eas iam inchoaverit, aut ipſius voluntate expreſſa factæ ſint, quia, ſi neutrum locum habet, actio contraria, quoad voluptuarias impenſas, commodatario plane denegatur. MAD.

484) In executiuo proceſſu. HOM.

485) Similiter, ſi actio contraria inſtituta eſt, directa per modum reconuentionis moueri poteſt. MAD.
In Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. *Tit. VI.* §. 1. HOM.

Digitized by Google

3. *impenſarum illiquidarum, immodice aeſtimatarum,*
4. *impenſarum contra prohibitionem factarum,* 486)
5. *vitii patentis,*
6. *ignorantiae vitii rei,*
7. *commodati ob improuiſam neceſſitatem reuocati.*

Libellus.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt Beklagter Klägern ein Pferd zu einer Reiſe auf 4 Wochen nach Frankfurt gelehnet; Wenn aber das gelehnte Pferd, da Kläger kaum die Helfte des Weges zurückgeleget, wegen eines innerlichen Schadens, wie beigehendes Atteſtat des Roßärztes Hans Hufeiſens ſub ☉ bezeiget, ſo Beklagter auch ganz wohl gewuſt, 487) krank worden, und dahero Kläger nicht allein 10 Thlr. vor die Cur verwenden, ſondern auch, weil er dieſerhalb 6 Tage liegen bleiben müſſen, auf 30 Thlr. nach beigefügter Liquidation ſub ☽ & ☿ Schaden erlitten, Beklagter hingegen zu deren Erſetzung ſich nicht verſtehen will; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter ſo wohl die auf die Cur des Klägern gelehnten Pferdes verwendete 10. Thlr. als den erlittenen Schaden an 30 Thlr. nebſt denen verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

486) Scil. ratione impenſarum vtilium atque voluptuariarum, nam neceſſarias prohibere non poteſt. Prohibentis autem ſecundum regulam negotia vtiliter non geruntur. MAD.

487) Adde. und hat wiſſen können. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM IV.

DE ACTIONE DEPOSITI.

§. 1.

DEPOSITVM eſt *contractus realis*, quo *res gratis cuſtodienda alteri traditur*, 488) *vt ab eodem in ſpecie*, 489) *reſtituatur* 490).

De ind. act. depoſiti. §. 1 - 8.

§. 2.

Notari meretur diſtinctio in depoſitum REGVLARE & IRREGVLARE, quod vltimum dicitur, *quando depoſitario vſus ſimul conceditur* 491). Cuius indolem colligas ex *L. 9. 10. ff. de reb. cred. L. 1. §. 34. ff. depoſiti.*

§. 3.

488) *Et ab eo recipitur.* HOM.

489) Quodſi hic character tamquam eſſentialis definitionem ingredi deberet, depoſitum irregulare, quoad tantundem reſtituendum, ex eodem genere cogitari amplius non poſſet, quum eſſentialia pactis adiectis mutari nequeant, quod notandum aduerſus V. Perill. DAN. NETTELBLADT. Comm. *de depoſito irregulari.* Hal. 750. MAD.

490) Ad lubitum ipſius tradentis. MAD.

491) Sed in pluribus negotiis irregulare depoſitum eſſe poteſt, v. c. ſi res fungibilis obiectum eſt depoſiti etc. Omnes autem contractus in regulares & irragulares diuidi poſſunt; prout vel naturalia in data ſpecie ſeruantur, aut per pacta detrahentia remouentur, qui irregulares intelligi debent ſub locutione: *modum, naturam, notiſſimos ſuos terminos egredientes, L. 5. §. 4. ff. de praeſcr. verb. L. 24. & 26. ff. depoſ.* Eiusmodi autem depoſitum irregulare, tanquam verum depoſitum ab ICtis adgnitum eſſe, extra omnem dubitationis aleam ponunt *L. 31. ff. locat. L. 25. & 26. ff. depoſ.* quibus obſcurior *L. 24.* accommodanda erit. Id autem contra Perill. NETTELBLADTIVM negarunt Cel. IO. LVD. IVL. DEDEKIND comm. *de contractu, quem irregulare depoſitum perhibuerunt, qui vero non eſt depoſitum vel in alium contractum degenerat.* Guelpherb. 1753. & Ill. FRID. GOTTL.

Digitized by Google

§. 3.

Sequeſtrum quoque 492) inter depoſiti ſpecies refertur. Sed probe diſtinguendi ſunt caſus: ſi enim *ſequeſter ſolam cuſtodiam* tantum *&* *gratis* quidem *praeſtat*, 493) manet depoſitum. Sin autem praeter cuſtodiam etiam adminiſtrationem rei gerit, vel locatio erit, mercede data, vel, ſi gratis adminiſtret, mandati indolem redolet, *L. 6. ff. & L. 6. C. depoſ. vel contr.*

§. 4.

Oritur ex hoc contractu vnilaterali duplex ACTIO DEPOSITI DIRECTA & CONTRARIA.

§. 5.

Directa eſt *bonae fidei*, *perſonalis actio*, *quae datur deponenti*, & eius heredibus, *aduerſus depoſitarium*, et eius heredes, *ad depoſitum in ſpecie* 494) *reſtituendum*, *& reliqua*, quae vel *ex natura contractus*, vel *pacto adiecto deſcendunt*, *praeſtanda*.

§. 6.

GOTTL. ZOLLER. diſſ. *an detur depoſitum irregulare?* Lipſ. 1775. iterum vero defenſum a Cl. GE. OELRICHS diſſ. *de indole depoſiti notiſſimos terminos ſuos egredentis.* Goett. 1777. MAD.

Add. R. C. HENNE Diſp. *de depoſito irregulari.* REGVLARE ſubdiuitur in SIMPLEX & MISERABILE. Porro in IVDICIALE & EXTRAIVDICIALE. Hoc in VOLVNTARIVM & NECESSARIVM. HOM.

492) Quod plerumque in litigio obtinet. HOM.

493) Et ad lubitum tradentis iudicis reſtituenda eſt res mobilis. Nam in immobiles res non cadit depoſitum. vid. CAR. GOTTL. WEIDLICH. *diſſ. de cuſtodia rei alienae immobilis non depoſito ſed mandato.* Lipſ. 1732. quamuis ſaepe etiam cuſtodia alio in ſenſu de rebus immobilibus praedicatur, vt pluribus probant BRISSONIVS, HEINECCIVS, VICAT. MAD.

494) Potius: *pro lubitu.* MAD.

Digitized by Google

§. 6.

Datur *deponenti*, &, quod ad ſequeſtrum, *victor* in lite regulariter actionem inſtituit. Si plures rem depoſuerint, & ſint correi credendi, vnus ex illis praeueniendo reliquis ſolidum petere poteſt 495), *L. 1. ſ. 44. ff. depoſ. vel contr.*

§. 7.

Correali vero obligatione non contracta, ſinguli pro rata agere poſſunt, ſi in quantitate conſiſtat depoſitum, ſi vero res indiuidua ſit depoſita, vnus plurium deponentium agere nequit, niſi vel ratione reliquorum procuratorio nomine agat, vel ex iure ceſſo 496).

§. 8.

Datur *aduerſus depoſitarium*. Et plures quidem correaliter ipſa lege ſunt obligati 497), *L. 1. ſ. 43. ff. depoſ. vel contr.* 498)

§. 9.

Eſſentialis finis eſt: *vt res depoſita in ſpecie* 499) *reſtituatur*, atque in depoſito quantitas etiam pro ſpecie habe- Fin. huius act. §. 9. 13.

495) Attamen in *correali iure* etiam beneficium diuiſionis obtinere debet. MAD.

496) Vel ad ſufficientem cautionis praeſtationem ſe offerat, qua depoſitarius aduerſus ceteros imprimis coheredes ſecurus redditur, *L. 1. §. 36. h. t.* MAD.
Quam ſi praeſtare nequit, iudiciali depoſitione depoſitarius ſe liberat, *L. 1. cit.* Add. in Saxon. El. ORD. PROC. REC. *Tit. VI.* §. 1. HOM.

497) Praeſertim cum vnus dolum admiſerit, aut facultatem rem reſtituendi habeat, aut deponens ſingulorum fidem ſecutus. HOM.

498) Sermo quidem ibi eſt de correali obligatione duorum depoſitariorum, ſed ſubintelligimus pactum ſpeciale ſecundum ea, quae diximus ad §. 3. *cap. II.* MAD.

499) Cum fructibus & acceſſionibus. HOM.

habetur, cum in ſpecie reſtitui omne depoſitum debeat 500).

§. 10.

Ratione naturalium tendit *ad doli & latae culpae praeſtationem* 501).

§. 11.

Si ciſta clauſa & ſignata tradita fuerit, & deponens, reſtitutione ciſtae facta, conqueratur, res quasdam deficere, videndum eſt, *an depoſitarius ad aeſtimationem teneatur?* Deciſionem tradit *L. 1. ſ. 41. ff. depoſ.* diſtinguens hoc modo:

Si deponens depoſitario res in ciſta contentas demonſtrauerit, eoque praeſente ciſtam ſignauerit et occluſerit, depoſitarius tenetur, niſi a culpa lata ſe purgare poſſit. *Rebus autem depoſitario non oſtenſis*, tunc demum tenetur, *ſi ſigilla ſint fracta*, vel *aliae laeſiones ciſtae adpareant.* Liberabitur tamen depoſitarius, ſi a culpa lata ſe vacuum probauerit 502).

§. 12.

500) Potius ſic: finis eſt in depoſito *regulari*, *vt depoſitum in ſpecie reſtituatur*, in depoſito *irregulari*, *vt depoſitum ex eodem genere reſtituatur.* Si autem res fungibilis obiectum eſt depoſiti, vel clauſa atque ſignata tradita eſt, vel non, ſiue ſolum adnumerata, admenſurata etc. Priori in caſu pro ſpecie habenda eſt, & obiectum depoſiti irregularis tunc demum fit, ſi vſus conceſſus eſt, & poſtea quoque vtatur, *L. 1. §. 34. h. t.* Poſteriori vero tacitum depoſitum irregulare adeſt, *L. 25. §. 1. eod.* atque adeo pro ſpecie haberi nequit. MAD.

501) Dolus infamiam contrahit, *L. 10. C. depoſ. vel contr.* mediante iudicis ſententia. HOMMEL. *Rhapſ. Iur. Obſ. 210. reg. 7.* HOM.

502) Adeoque in his ſpeciebus onus probationis non actori, ſed reo incumbit. MAD.

In

Digitized by Google

§. 12.

Ratione accidentalium quandoque tendit actio

1. ***ad culpae leuis praeſtationem***, ſi honorarium acceperit 503), *arg. L. 5. §. 2. ff. commod.*

2. ***ad leuiſſimae culpae praeſtationem***, ſi rei non fungibilis depoſitae vſus ipſi conceſſus 504) fuerit, aut depoſito ſe obtruſerit 505),

3. ***ad caſus fortuiti praeſtationem***, ſi vel ita pactum, vel depoſiti rei fungibilis vſus indultus fuerit 506),

In foro iſtae lites plerumque iureiurando legali dirimuntur, vt depoſitarius bonae & integrae famae ad purgatorium, ſin ſuſpectus, deponens probus ad iuſiurand. ſpecificationis admittatur. Imo hic poteſt executiue agere, ſi ſuper res in ciſta reconditas & certo pretio aeſtimatas inſtrumentum conficiendum, idemque a depoſitario ſubſcribendum curauerit. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. II. th. 13. n. 1.* HOM.

503) Potius, ſi aequalis eſt vtriusque contrahentis vtilitas, & eius quoque interſit, rem apud ſe depoſitam curate & diligenter cuſtodiri, exemplo commodati. Honorarium autem indolem depoſiti gratuiti non mutat, quippe quod in obligatione non verſatur, ſed in arbitrio deponentis. MAD.

504) Sed vſus rei depoſitae non fungibilis conceſſus rationem continere nequit, vt leuiſſima culpa praeſtetur. MAD.

505) Secundum *L. 1. §. 35. h. t.* is, qui depoſito ſe obtulit, periculo depoſiti ſe illigat, ita tamen, vt non ſolum dolum, ſed etiam culpam & cuſtodiam praeſtet, non tamen caſus fortuitos. MAD.

506) Vel depoſitarius in mora reſtituendi fuerit. Vid. M. J. B. HERING. Diſſ. *de caſu fortuito a depoſitario praeſtando.* HOM.

Digitized by Google

4. *ad dupli praeſtationem*, ob negationem depoſiti miſerabilis 507), *L. 1. §. 1. et 4. ff. depoſ. vel contr.* 508)

§. 13.

Ratione finium ex naturalibus, aut accidentalibus dimanantium, vel petitur

1. *aeſtimatio rei depoſitae*, ſi culpa aut perdita, aut inſigniter deteriorata ſit res, vel
2. *aeſtimatio damni* tantum *dati* 509), *L. 1 §. 16. ff. depoſ.*

§. 14.

De fundamentis. §. 14-16. Fundamenta ratione principalis finis ſunt eſſentialia contractus depoſiti, in eo conſiſtentia: vt

1. *res ad cuſtodiam tradatur,*
2. *vt gratis recipiatur,*
3. *vt in ſpecie* 510) *reſtituatur.*

§. 15.

507) Quod vero extra Saxoniam non vbique obtinet, quoniam actiones poenales non vniuerſaliter in Germania receptae ſunt, adeoque in hoc capite ad diuerſum prouinciarum vſum et ipſam praxin reſpiciendum eſt. MAD.

In Saxon. El. diſertis verbis eſt confirmatum in ORD. PROC. REC. *Tit. XVI.* §. 3. HOM.

508) Addatur:

5. *ad vſuras praeſtandas*, *L. 25. §. 1. & L. 29. ff. depoſ. vel contr.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 347.* HOM.

509) Et quidem in quantum deterior reddita fuerit, culpa depoſitario imputanda, praeter ipſam rem depoſitam, quam deponens, quoties in ſpecie adhuc exſtat, accipere debet, a depoſitario praeſtanda eſt. Ceterum quaeuis deterioratio, ſiue ſit inſignis, ſiue leuior, in aeſtimatione eſt praeſtanda, quoties culpa eius imputabili contingit. MAD.

510) Potius, vt in continenti ad lubitum tradentis reſtituatur. MAD.

§. 15.

Ratione naturalium et accidentalium ex ipſis finibus declaratis fundamentum patet.

§. 16.

Omnia haec fundamenta, ſi naturalia excipias, probanda veniunt 511) Quoad poenam tamen inficiationis in duplum ratione depoſiti miſerabilis notandum eſt, quod ea non aliter obtineat, quam ſi reus vel per teſtes, vel per documenta conuictus ſit. Iuramenti delatio haud ſufficit.

§. 17.

De competentia iudicis.

Iudex competens, vti ſupra generaliter monui, eſt judex domicilii & contractus.

§. 18.

Quamdiu duret?

Durat haec actio *perpetuo.* Singulare eſt, *quod,* etſi in duplum ob inficiationem depoſiti agatur, *actio ſit perpetua*, licet ex edicto praetoris deſcendat, *L. 18. in f. ff. depoſ.* Cuius diſpoſitionis ratio in eo mihi poſita videtur, *quod depoſitarius, depoſitum miſerabile negans, inſignis perfidiae reus*, adeoque *ſimilis furi ſit, contra quem actiones etiam praetoriae poenales perpetuo competunt.* Diſſent. BOEHMERVS *in Tr. de action. Sect. II. c. 8. ſ. 23. n. 5.* qui allegatam legem inique interpretatur.

§. 19.

An ad heredes transeat §. 19-23.

Tranſit haec actio tam ad heredes deponentis, quam depoſitarii 513).

511) Et quidem quoad culpam depoſitarii ſecundum ea principia, quae §. 9. Membr. praeced. generatim declarata ſunt. MAD.

512) Hi tamen in miſerabili non ad duplum conueniuntur, & in ſimplici tantum pro parte hereditaria, niſi vnus ex delicto ſuo conueniatur, aut facultatem totius rei reſtituendae habeat, *L. 9. ff. eod.* HOM.

Digitized by Google

6. *depoſiti ad commune periculum dati* 520), (ad obligationem in ſolidum excludendam)
7. *arreſti impoſiti*,
8. *nondum praeſtitae cautionis*,
9. *rerum vni heredum ſub cautione* 521) *reſtitutarum*,
10. *donationis* 522),
11. *praeſcriptionis* 523).

Forma Libelli.

Kläger bringet klagend an, welchergeſtalt er Beklagten einen Coffre, worinnen ein ſilbern Service geweſen, nebſt den Schlüſſeln zu denen davorgelegten Schlöſſern in Verwahrung übergeben, immaßen Kläger demſelben nicht allein nach der Specification ſub A. alle darinnen enthaltene Sachen, Stück vor Stück gezeiget, und in ſeiner Gegenwart wiederum in den Coffre geleget, ſondern

520) Potius: *obligationis in ſolidum deficientis*, quae exceptio ita comparata eſt, vt a reo probari non debeat, ſed potius onus probandi in deponentem obligationem in ſolidum aſſerentem reiiciat, quia haec exceptio propoſitionem mere negatiuam, & quidem negationem facti continet. MAD.

521) Sed haec cautio ceteris heredibus non officit, licet per reſtitutionem rei depoſitae vni heredum factae depoſitarius liberatur, & liberari debet per rei naturam ab vlteriori reſtitutione, non vero ab aeſtimatione praeſtanda. MAD.

522) Quae tamen in continenti ex ipſo deponentis inſtrumento guarentigionato ante ſententiam interlocutoriam liquida eſſe debet, alioquin in ſententia reiicitur ad ſeparatum, propter reſtitutionem pro lubitu tradentis faciendam, & inde orientem ſingularem huius actionis fauorem. MAD.

523) Adde
12. *Except. dominii proprii in continenti liquidi*, *L. 15. ff. depoſ. vel contra*. HOM.

Digitized by Google

dern auch mit deſſelben Bewilligung jedes Stück ſogleich von Carl Tomback, einem Goldſchmid alhier, nach der in der Specification ſub B. enthaltenen Taxe aeſtimiren laſſen; Wann ſich aber bey Reſtitution des Coffres, da ſolcher in Beklagtens Gegenwart wieder eröfnet, und die ſämtlichen Stücke nach der Specification durchgegangen worden, ſich geäuſſert, daß die in der Specification N. 15. 20. 30. 46 enthaltene Stücke, welche auf 300 Thlr. taxiret worden, ermangeln und Beklagter in Güte dieſes Quantum zu erſtatten ſich verweigert; Als iſt ꝛc. fordert Einlaſſung auf die Klage und Recognition der Documente ſub A. & B. und bittet nach deren Erfolg zu erkennen:

Daß Beklagter die *libellirten* 300 Thlr. als den Werth der ermangelnden Stücke *ſub* N. *15. 20. 30. 46.* Klägern nebſt allen verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

DE ACTIONE DEPOSITI CONTRARIA.

§. 23.

Retentionis beneficio etiam depoſitario conſulitur eo modo, quo ſupra in actione commodati expoſitum eſt. **De act. depoſit. contrar. indole. §. 23-25.**

§. 24.

ACTIO DEPOSITI CONTRARIA eſt *ciuilis*, *perſonalis*, *rei perſecutoria*, *b. f. quae datur depoſitario*, aut eius heredibus, *aduerſus deponentem*, aut eius heredes, *ad indemnitatem praeſtandam.*

§. 25.

Finis. Tendit *ad indemnitatem praeſtandam*

1. *ratione impenſarum neceſſariarum*, *L. 23. ff depoſ. vel contra.* Vtiles & voluptarias tollere tantum poteſt 524),

2. *culpae* 525) *leuiſſimae praeſtandae.*

§. 26.

De eius fundam. §. 26. 27. Fundamenta ſunt.

1. *depoſitum conſtitutum,*
2. *ſecundaria deponentis obligatio,*
   a. *ad impenſas reſtituendas,*
   b. *ad culpae leuiſſimae praeſtationem.*

§. 27.

Reliqua ad probationem pertinentia, ex dictis occaſione actionis commodati contrariae, patent.

§. 28.

Competentia fori. Idem forum competens eſt, quod in aliis actionibus perſonalibus. Per modum reconuentionis tamen inſtituta in foro conuentionisperagi debet. 526)

§. 29.

Exceptiones eaedem, quae traditae ſunt in actione commodati contraria, obtinebunt.

SECTIO

524) Niſi deponentis conſenſus expreſſus aut tacitus acceſſerit. HOM.

Ratione harum expenſarum eadem repetenda ſunt, quae a nobis iam ſunt obſeruata in actione commodati §. 19. & 20. n. 460. MAD.

525) Illius, quam deponens pro caſuum diuerſitate praeſtare debet. MAD.

526) Ea ſub obſeruatione, quam de foro conuentionis, atque reconuentionis in actione commodati directa atque contraria ad §. 21 & ſeq. adnotauimus. MAD.

In Saxonia Elect. ſi actio directa in executiuo proceſſu eſt inſtituta haec contraria in reconuentione coram eodem iudice pertractanda. ORD. PROC. REC. *Tit. VI. §. 1.* HOM.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM V.

DE ACTIONE PIGNORATITIA.

§. 1.

CONTRACTVS PIGNORIS eſt realis, b. f. *quo res creditori in ſecuritatem crediti traditur, vt ab eodem, ſoluto debiti vinculo, in ſpecie reſtituatur.* De act. pignor. directae indol. §. 1 - 5.

§. 2.

Defluit inde actio pignoratitia directa & contraria.

§. 3.

ACTIO PIGNORATIA DIRECTA eſt actio perſonalis, ciuilis, rei perſecutoria, b. f. quae *datur debitori*, aut eius heredibus, *aduerſus creditorem*, aut eius heredes, *ad pignus*, *ſoluto debiti vinculo*, *reſtituendum*, *& damna*, *dolo aut leui culpa data*, *reſarcienda.*

§. 4.

Plerumque *debitori haec actio conceditur*, ſed ſi tertius pro alio res ſuas pignori dederit, nihil dubito, eum actione pignoratitia vtili vti poſſe 527).

§. 5.

527) Debito nempe ſoluto. Pari modo poſſeſſor rei hypothecae obnoxiae, ad hypothecam ex libro iurisdictionali caſſandam, agere poteſt. E contrario pignus ab vniuerſitate conſtitutum, quodlibet eius membrum, aut coheres debitoris, cum totum debitum creditori offert, luere, & hanc actionem directam inſtituere nequit, niſi mandato vel ceſſione ſe legitimet, aut cautionem offerat. LEYSER *ad ff. Spec. 155. Med. 1. ſeqq.* HOM.

Actione pignoratitia vtili agere quidem poteſt dominus, qui alii ſuas res ad oppignorandum dedit, adeo vt probatione ceſſionis opus non ſit poſt introductas a DIVO PIO actiones vtiles, ſed cum proprie actio pignoratitia oriatur ex contractu pignoratitio, hic autem tantum reſpicit contrahentes, dominus

Digitized by Google

§. 5.

Competit *contra creditorem*, aut eius heredes. Non contra tertium poſſeſſorem, *L. 27. ff. de pignorat. act.* Nec obſtat 528) *L. 40. §. f. ff. de pignor. act.* & *c. 6. X. de pignor.* quae leges non de actione pignoratitia, ſed vel rei vindicatione, vel imploratione officii iudicis agunt 529).

§. 6.

Finis huius act. §. 6 - 15.

Finis eſt

1. principalis *ad rem oppignoratam ſoluto debiti vinculo reſtituendam.*

§. 7.

nus hac actione agere nequit aduerſus eum, qui ex vlteriori oppignoratione a creditore pignoratitio primo eos accepit, niſi ceſſione facta. MAD.

528) Et quae allegantur a WERNHERO *F. III. 371.* & LEYSERO *Sp. 155. Med. 5. L. 13. d. t.* & *L. 2. C. ſi pign. pign. dat. L. 3. C. ſi vend. pign. agat.* In omnibus autem hiſce legibus nulla ratione expreſſe haec actio nominatur, neque tamquam in rem ſcripta conſideratur, vt dicta non etiam de rei vindicatione explicari poſſint, prout bene oſtendit CHR. NIC. SCHLICHTKRVLL. diſſ. *an actio pignoratitia directa contra tertium poſſeſſorem inſtitui queat?* Gryph 1777. add. IO. FRID. SCHNEIDER. diſſ. *de incompetentia actionis pignoratitiae contra tertium.* Hal. 1705. IO. NIC. LÜTKENS diſſ. *de actione pignoratitia contra tertium non competente* (Goett. 1777.) §. 50. MAD.

529) *L. 13. ff. de pign. act. — ſi, cum venderet creditor pignus, conuenerit inter ipſum & emtorem, vt, ſi ſoluerit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem ſuam, ſcripſit Iulianus, & eſt reſcriptum, ob hanc conuentionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduerſus emtorem: ſed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduerſus emtorem agere.* MAD.

Secus ſentit LEYSER. *ad ff. Spec. 155. Med. 5.* At IVRE SAXON. PROVINC. *Lib. III. art. 60.* haec actio non datur contra tertium poſſeſſorem, quod Electorali non eſt mutatum. WINCKLER. ad *Bergeri Oec. Iur. pag. 441.* HOM.

Digitized by Google

§. 7.

Hodie potiſſimum iure Sax. El. CONST. *23. Part. II.* ORD. PROC. REC. *Tit. XLIV. ſ. 1.* & Brunſuicenſi, vbi in immobilibus iudicialis hypotheca requiritur, non ambigo, etiam ad caſſationem hypothecae hanc actionem dirigi poſſe. Quamuis alii implorationem officii iudicis dicere malint 530).

§. 8.

Tendit minus principaliter

2. *ad culpae praeſtationem* 531), *L. 14. ff. de pignorat. act.* Nec obſtat *L. 13. ſ. 1. ff. eod.* & *ſ. vlt. Inſt. quib. modis re contrah. oblig.* ex quibus leuiſſimae culpae praeſtatitionem euincere ſtudent 532).

§. 9.

530) Sed ad caſſationem hypothecae iudicialis hac actione pignoratitia ideo agi nequit, quoniam pignus in hoc caſu reſtitui nequit, atque caſſatio hypothecae publicae non eſt factum creditoris, ſed ipſius iudicis competentis, adeoque fruſtraneum eſſet, ſi ad hoc factum praeſtandum debitor contra creditorem agere vellet. Proinde ſecundum indolem iudiciorum Germanic. ad caſſationem hypothecae generalis obtinendam ſufficit imploratio debitoris, ad iudicem ſuper delenda hypotheca directa, qui tunc creditorem, termino aliquo praefixo, eum in finem citari curat, vt ſi eius interſit, rationes, quare non deleri poſſit, proeferat, adeo vt creditore non comparente, nunc caſſatio hypothecae iudicialis ex officio a iudice fieri debeat. MAD.

531) Potius ad illius culpae praeſtationem, quam creditor pro diuerſitate caſuum ſecundum doctr. iuris ff. praeſtare tenetur. MAD.

532) Sed ſi pignus in ſolius creditoris gratiam datum eſt, omnino leuiſſima eſt praeſtanda, vid. FRATR. progr. *creditorem in pignore non ſemper media diligentia liberari.* Hal. & ipſe auctor §. 14. MAD.

Vid. quoque A. F. RIVINYS in diſſ. *de culpa leuiſſima in pignore a creditore praeſtanda.* Sed de emendatione *L. 13.* cit. confer. NOODT. *in Prob. Iur. Lib. I. cap. 4. Lib. IV. c. 3.* HOM.

Digitized by Google

§. 9.

3. *ad vſuras ex tempore morae praeſtandas, L. 7. ff. de pignor. act.*

4. *ad reſiduum pretii*, legitima diſtractione 533) pignoris facta, *reſtituendum, L. f. C. de diſtract. pign.*

§. 10.

5. *ad reddendas rationes de fructibus perceptis & percipiendis*, quod obtinet, ſi pactum antichreticum pignori adiectum eſt 534).

§. 11.

Pactum antichreticum eſt pactum contractui pignoratitio adiectum, vt creditor ex pignore, quod fructus fert, fructus in vicem vſurarum accipiat 535) L. 14. *C. de vſur.* & L. 17. *C. eod.*

§. 12.

Antichreſis conſtituitur vel expreſſe, vel tacite, vid. *L. 8. ff. in quib. cauſ. pignus vel hypoth. tac. contrah.*

§. 13.

533) Legitima haec diſtractio iure rom. *L. f. C. cit.* §. 1. *I. quib. al. lic. L. 4. de pign. act.* praeſcripta, (*vid. prael. Pand.*) moribus Germaniae ita mutata eſt, vt biennium non exſpectandum ſit, vt in omnibus caſibus ſub praeiudicio citandus ſit debitor a iudice, ſimulque diſtractio pignoris praeuia taxatione & ſubhaſtatione in iudicii loco fiat. vid. BERGER. *El. diſc. for. p. 1110.* LEYSER Sp. 232. COCCEII *Ius contr. Tit. de diſtr. pign. qu. 2.* Priuatim etiam vendi poſſe pignus defendit BERGER. *Occ Iur. p. 533.* quod niſi conſentiat debitor propter fraudes creditores facile inde oriundas non concedendum. MAD.

534) Potius, ſi antichreſis ſimul cum pignore coniuncta eſt, ſiue illa ex pacto adiecto, ſiue ex. *LL.* diſpoſitione veniat. MAD.

535) Ante omnia quidem in compenſationem vſurarum, reſiduum vero in compenſationem ipſius ſortis. Vid. §. 13. n. 3. MAD.

§. 13.

In pignore ſub pacto antichretico 536) creditori dato, ſequentia principia notabis:

1. *creditor rationes reddere debet*, nec de perceptis tantum, ſed & de percipiendis quoque fructibus 537) tenetur,

2. *nullus exceſſus legitimarum vſurarum eſt tolerandus* 538), ſiue fructus certi, ſiue incerti percipiantur,

3. *quicquid ex fructibus vltra vſurarum legitimum modum percepit, in ſortem quotannis imputandum eſt.*

Haec principia exinde probantur:

a. *ex prohibitione generali illegitimarum vſurarum*,

b. *ob generalitatem L. 3. C. de pignor. act.* 539)

c. per *L. 14. C. de vſuris* 540),

d. per

536) Melius: ſub antichreſi. MAD.

537) Add. ordinaria adminiſtrationis diligentia. MAD.

538) Si per modum locationis conductionis ius fructus percipiendi creditori conceſſum eſt, ad legitimam vſurarum quantitatem non reſpicitur, quamuis & in hoc caſu, ſi in fraudem vſurariarum legum & creditor non niſi pro viliori conductione negotium contrahere velit, vſurariam prauitatem reſcindendam eſſe defendit AVCTOR *cit. diſſ.* quae in *eius opuſc.* Hal. 1770. editis *VIII. diſſ.* eſt. MAD.

539) Qua in lege creditori, qui praedium oppignoratum detinet, fructus, quos percepit & percipere debuit, in rationem exonerandi debiti, computandi neceſſitas imponitur, ſimulque actione hac ratione deteriorationis obligari declaratur. MAD.

540) In hac lege Imp. ANT. *non referri*, ait, *quaeſtionem*, *quaſi plus domus redigeret, ſi locaretur*, (quum tamen vi pacti adiecti in vicem vſurarum tantum inhabitationem acceperit creditrix, neque ideo locauerit) *quam vſurarum legitimarum ratio colligat*, *oportere.* Licet

Digitized by Google

d. per *arg. L. 8. ff. in quibus cauſis pign. vel hypoth. tac. contrah.* 541)

Plura vid. in *mea Diſſ. de exceſſu vſurarum in pacto antichretico non tolerando.* Iunge iure Sax. DEC. REG. XXII. *de anno 1746.* 542)

§. 14.

Tendit actio pignoratitia

6. *ad culpae leuiſſimae praeſtationem*, ſi vel ita conuentum, vel pignus in creditoris tantum vtilitatem tendat 543).

§. 15.

cet enim vberiori ſorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum eſſe foenus contractum, ſed vilius conducta locatio videtur. MAD.

541) Quin potius expreſſe ICtus PAVLVS loquatur, *quum debitor gratuita pecunia vtatur* (quod non obſtat mutuo non gratuito) *poteſt creditor de fructibus rei ſibi pignoratae ad modum legitimum vſuras retinere.* MAD.

542) In hac *Deciſ.* principia propoſita non modo confirmantur, ſed & praeterea diſponitur, vt retrouenditio, in qua antichreſis continetur, ſit irrita & a iudice non confirmetur. E contrario, vbi reditus ad legitimum vſurarum modum non congruunt, debitor creditori defectum vſurarum, niſi aliter conuentum, ſuppleat. Tandem in fraudem huius ſanctionis quoque conductionem rei oppignoratæ initam irritam eſſe, docet G. F. KRAVS. in Diſſ. *num creditor conducens antichreſin fructus legitimam vſurarum quantitatem excedentes lucretur?* HOM.

543) V. c. ſi a debitore debiti ab initio chirographarii cauſa creditori pignus conſtituitur, quod non neceſſe erat. MAD.

Digitized by Google

§. 15.

7. *ad caſus fortuiti praeſtationem*, ſi ita conventum, vel culpa caſum praeceſſit, vel propria auctoritate 544) pignus occupauit 545).

§. 16.

Fundamenta huius actionis conſiſtunt:

1. *in eſſentialibus contractus pignoratitii*, ſcilicet vt — De fundamentis eorumque prob. §.16-22.

a. *debitum principale adſit*,

b. *pignoris traditio facta ſit.*

Vtrumque 546) probari debet, & ſi executiue agere velis, documentis guarentigionatis opus eſt 547).

§. 17.

544) Inuito debitore. Nam ſi conſentiente debitore res apud tertium exiſtentes abſtulerit, ratione tertii quidem illicitum eſt, non intuitu debitoris. MAD.

545) Vid. *L. 30. ff. & L. 6. C. de pignorat. act. & contr.* Add. C. L. CRELL. Diſp. *de cuſtodia & periculo pignoris.* HOM.

546) Verum vtraque probatio ab actore exigi nequit, ſed tantum ſufficit, ſi traditio pignoris ab eo in caſu litis conteſtationis negatiuae probatur, creditor enim vel debitum principale ipſum in litis conteſtatione confeſſus eſt, vel illud negauit. Priori caſu non opus eſt peculiari probatione ab actore praeſtanda, poſteriori vero ſufficit, tantum pignoris traditionem probatam eſſe, adeo vt actor creditum ipſum, cuius cauſa pignus traditum eſſe aſſerit, in hoc caſu probare non debeat, quia debito principali a reo negato fruſtranea eſſet probatio huius crediti, adeoque traditione pignoris probata reus ad eius reſtitutionem ſtatim condemnandus eſt, niſi per modum exceptionis, quam ſemper probare tenetur, aliam poſſeſſionis cauſam & titulum demonſtret. Ex his ipſis itaque liquet, nunquam ab actore debiti principalis probationem exigendam eſſe. MAD.

547) Quae vero in hoc caſu nulla alia eſſe poſſunt, quam cautiones ſuper accepto pignore a creditore conſcriptae. MAD.

Digitized by Google

§. 17.

Fundamentum

2. *quod diſſolutum ſit debitum principale.*

Modus itaque, quo ſublata eſt obligatio, probandus venit. 548)

§. 18.

Poteſt quoque actor in iudicio offerre ſolutionem et pignus repetere, *L. 9. §. 5. ff. de pignor. act.* vel creditore acceptationem ſolutionis denegante, locum habet depoſitio iudicialis, de cuius legitimis requiſitis vid. *L. 9. C. de ſolut.* *L. 19. C. de vſur.* 549)

§. 19.

In quaeſtione verſatur, *an, debitore in concurſum incidente, ſolutione nondum facta, creditor pignus ad maſſam concurſus tradere teneatur?* Extra Saxon. triplex ſententia deprehenditur. Negant STRYCK ad BRVNNEM. *Proc. Conc. Credit. c. 2. §. 6.* RIVINVS in *Diſſ. de iure pign. moto concurſu. ſ. 7.* Adfirmat SALGADO *in Labyr. credit. P. I. c. 11. n. 14.* 550) Intermediam tradit LEYSERVS *Medit. ad Pand. Spec. 231. Med. 1.* & tunc negatiuam defendit, ſi nullus potiorem hypothecam habeat. Alias adfirmat.

Mihi,

548) Quoniam negatio diſſoluti debiti inuoluit propoſitionem mere negatiuam, atque adeo probationem contrarii debitum diſſolutum eſſe in actorem reiicit. MAD.

Interdum haec actio debito nondum ſoluto inſtitui poteſt. Conf. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. II. th. 17. n. 2.* HOM.

549) Scil. his legibus conſtitutum, vt obſignatio ſolenniter (iudicialiter) fieri, in eoque loco, quo debetur, depoſitio apud iudicem competentem fieri debeat. MAD.

550) Id quoque affirmat I. F. HESSE diſſ. *de creditore pignus ad maſſam concurſus ante crediti ſolutionem conferre obligato.* HOM.

Mihi, extra Saxoniam, negatiua adcommodatior analogiae iuris videtur 551).

In Sax. per ORD. PROC. REC. *Tit. XLI. ʃ. 1.* & *Tit. XLIV. ʃ. 2.* pignora maſſae concurſus reſtitui debent, eamque ob cauſam curator bonorum agit. Sed ex redacta inde 552) pecunia ſatisfaciendum eſt creditori 553).

551) Sed indoles proceſſus in concurſu iam exigit, vt iure communi omnia bona ad maſſam concurſus pertinentia iudici exhibeantur, atque legitimo modo ſervatoque iuris ordine ab eo diſtrahantur, vtque inde de toto complexu rerum debitoris obaerati iuſtam ferre poſſit ſententiam, ne quid celaretur, aut in fraudem potiorum creditorum fiat. Idque retentum *Cod. Frid. Part. IV. Tit. IX. ʃ. 12.* atque praxi Brandenburgica. Effectus autem huius traditionis ad maſſam concurſus, ad quos *Auctor* reſpexiſſe videtur, varii ſunt. Iure communi LEYSERI ſententia ceteris praeferenda nobis videtur, quod nempe poſſeſſor pignoris eo effectu tradere debeat, vt prior creditor pignoratitius ſuam accipiat ſolutionem ante ipſum poſſeſſorem. Clare enim MARCIANVS *L. 12. §. vlt. qui pot. in pign. Nam & in pignore*, inquit, *placet, ſi prior conuenerit de pignore, licet poſteriori res tradatur, adhuc potiorem eſſe priorem*, add. *L. 10. d. t.* Iure autem Brandenburgico diſtinguendum eſt inter poſſeſſorem rei mobilis & rei immobilis oppignoratae. Priori in caſu poſſeſſor pignoris praefertur, licet quis anteriorem v. c. generalem hypothecam habeat. *Part. IV. Tit. IX. ʃ. 66. &* Anhang ad cit. l. l. Poſteriori vero, prior hypothecarius praefertur etiam poſſeſſori hypothecae iuniori, tam in eo caſu, ſi hypotheca in libro hypothecarum inſcripta ſit, quam ſi inter non intabulatas hypothecas certatur, *Part. IV. Tit. IX. §. 71. 74. 99.* & Anhang ad l. c. MAD.

552) Scil. per venditionem publicam. HOM.

553) Qui omnibus reliquis creditoribus praefertur, qui non ad primam claſſem pertinent. HOM.

§. 20.

Fundamentum

3. *damnum culpa datum.*

In qua probatione repetenda ſunt in prioribus actionibus perſonalibus deducta.

§. 21.

Fundamentum

4. *pactum antichreticum* vel *expreſſe*, vel *tacite conſtitutum* 554).

Quo probato, obligatio ad reddendas rationes iuris eſt.

§. 22.

Fundamentum

5. *mora*, *quoad vſuras*,
6. *diſtractio pignoris facta* 555),
7. *ſi ad caſum fortuitum praeſtandum* actio inſtituatur, *eſt* vel *pactum*, vel *culpa caſum praecedens*, vel *propria auctoritate* 556) *ſuſcepta occupatio pignoris.*

§. 23.

Quamdiu duret? Competit haec actio intra triginta annos 557). Terminus autem *a quo*, ſecundum communem ſententiam receptam 558), demum a tempore diſſoluti debiti principalis

554) In probatione hac non niſi requiritur, vt probetur rem oppignoratam fructiferam eſſe, quoniam ipſo iure tunc antichreſis obtinet. MAD.

555) Intuitu reſidui ſoluendi. MAD.

556) Inuito debitore. HOM.

557) In Saxon El. adduntur I. annus VI. ſeptim. III. dies. HOM.

558) De praeſcriptione huius actionis tam diuerſimode diſceptatur, vt lectis omnibus ſcriptorum ſententiis incertiores ſimus, quam ante. Diſtinctius procedendum & penitius

cipalis currit. Conſentit B. Auus meus LÜDER. MENCKEN. *in Gymnaſ. Polem. diſp. 5. th. 19.* & alii, quos ibi allegat. Diſſentiunt MOLLENBEC. & FRANZK. *ad Pand. tit. de pignor. act. arg, L. 4. C. de praeſcript. 30. l. 40. annor.* De iure

penitius perpendendum: 1) quousque debitum ſubſiſtit, & in confeſſo eſt, actioni pignoratitiae non praeſcribi poteſt, licet decurſus centum annorum adſit, RAVE *de praeſcript.* §. 140. 2) ſi debitum ſoluerit debitor, illi adhuc intra XXX. annos aditus patet ad actionem pignoratitiam, quoniam ſoluto demum debito aut oblato illo recte agit debitor h. act. *L. 9. §. 3. de pign. act.* indeque naſcitur demum haec actio ſoluto debito, quidquid in contrarium dicat BOECKELMANN *de act. cap. 4. part. 15. pag. 221.* 3) Indeque etiam extincto debito per praeſcriptionem intra XXX. annos adhuc durat haec actio, quapropter etiam abſque refuſione debiti pignus reſtitui debet a creditore, IO. LVD. SCHMID. diſſ. ſub Praeſ. HEIMBVRGII *de praeſcriptione actionis pigneratitiae directae* (Ien. 1757.) §. 42. *Schol.* quamuis vtrumque nullo modo concedere vult RAVE *l. c.* §. 142. 4) Propter hanc ſingularem rei naturam non praeſcribitur huic actioni, licet creditor debitorem interpellauerit, aut debitor per XXX annos alio modo in mora conſtitutus fuerit, quoniam poſt moram debitoris actio quidem creditoris, non vero debitoris extinguitur, itaque non obſtat *L. 7. §. 4. C. de praeſcr. trig. l. quadr. ann.* 5) Si poſt ſolutum debitum lapſus XXX. annorum adſit, actioni huic pignoratitiae praeſcriptum eſt, & immerito id negat SCHMIDIVS, quoniam a generali regula non exemta ſit haec actio; attamen id dabimus, creditorem etiam tunc nec iure ciuili quidem, multo minus de iure canonico *adquiſitiue* praeſcripſiſſe, nullumque adeo dominium adquiſiuiſſe, ſed tantum *extinctiue*, adeo vt exceptione praeſcriptionis dominum quidem agentem repellere poſſet, non vero, ſi poſſeſſionem amiſerit, a vero domino poſſidente eam vindicare, aut domino a tertio poſſeſſore exceptio praeſcriptionis opponi poſſit, quippe qui non praeſcripſit, *L. 8. C. de praeſcr. 30. l. 40. annor.* RAVE l. c. §. 36. MAD.

Digitized by Google

Sax. vid. *Conſt. El. I.* quae priori ſententiae ſubſcribit 559).

§. 24.

Exceptiones oppon.

Exceptiones conſule ſequentes:

1. *debiti nondum ſoluti*,
2. *integrae ſolutionis nondum factae* 560),
3. *debiti intempeſtiue, non rite oblati*,
4. *retentionis ob aliud debitum* 561), *ob impenſas damna*,
5. *pignoris ſine dolo & culpa peremti*,
6. *pacti conuenti, vt ſtato die ſolutione non facta, creditor pignus pro iuſto pretio retineat* 562),
7. *pignoris legitime euicti*, vel *diſtracti*,

8.

559) Add. I. C HEIMBVRG. & I. L. SCHMID. Diſſ. *de praeſcriptione actionis pignoratitiae directae.* Ceterum forum competens huius actionis eſt forum domicil. & contractus. Actio tam actiue, quam paſſiue tranſit ad heredes. HOM.

560) Plures enim res in complexu oppignoratae tamquam vna ſpecies conſiderantur, adeoque ex hoc complexu aliquae res reſtitui non debent a creditore inuito, licet maior pars ſoluatur, *L. 9. §. 3. L. 6. §. 2. L. 11. §. 4. de pign. act. L. 19. de pignor. & hyp.* MAD.

561) Chirographarium, *L. vn. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. vel poſſ.* RESCR. SAX. EL. *d. a.* 1764. HOM.

562) Sed pactum commiſſorium in genere in pignore exulat. IO. GVIL. *van* MVSCHENBROECK. diſſ. *de lege commiſſoria in pignore*, Lugd. Bat. 1752. Vid. OELRICH. *Theſ. Nou. diſſ. Belg. Vol. I. Tit. II.* IO. GVIL. ENGELBRECHT. diſſ. *de lege commiſſoria contractui pignor. illicite & emt. vend. licite adiecta*, Helmſt. 1728. quod hodie eo magis obtinere debet, quoniam, etiamſi pactum hoc nullam inuolueret vſurariam prauitatem, omnis tamen diſtractio pignorum iudicialiter fieri debeat. MAD.

Digitized by Google

8. *pacti de retrouendendo adiecti* 563),
9. *fructuum cum vſuris compenſatorum* 564),

Libellus.

Rubricirter Kläger ſtellet klagend vor, welchergeſtalt er von Beklagten ein Darlehn erborget, und ihm dargegen ſeinen auf der Windmühlengaſſe vor dem Peters-Thore zwiſchen N. und N. Hauſe gelegenen Garten zum Unterpfande übergeben; Wann aber Kläger ſchon vor einem halben Jahre gedachtes Capital nebſt denen ſämtlichen Intereſſen wieder bezahlet; Beklagter hingegen ſich ſo wenig zu Abtretung gedachten Gartens, als zu Ablegung der Rechnung von denen 3 Jahr lang aus dieſem Garten erhobenen Nutzungen in Güte verſtehen will; Als ſiehet ſich Kläger Klage zu erheben genöthiget ꝛc.

Daß Beklagter den ihm verpfändet geweſenen Garten hinwiederum abzutreten, ſowol derer erhobenen Nutzungen halber Rechnung abzulegen, als alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

---

563) Quae tamen exceptio aeque ceſſat, quum in pignore propter vſurariam prauitatem inde metuendam retrouenditio locum habere non debeat. MAD.

564) Add.

10. *dominii proprii in continenti liquidi.*
11. *praeſcriptionis.* HOM.

DE
ACTIONE PIGNORATITIA CONTRARIA.

§. 25.

De act. P. contr. indole. §. 24-26. *Actio pignoratitia contraria* eſt actio *ciuilis, perſonalis rei perſecutoria*, *b. f. & datur creditori*, aut eius herêdibus, *aduerſus debitorem*, aut eius heredes, *ad indemnitatem conſequendam*.

§. 26.

Fundamenta. Finis in eo conſiſtit

1. *vt impenſae neceſſariae regulariter*, quandoque & vtiles, *reſtituantur* 565).
2. *ad damna reſarcienda*, *dolo, lata* aut *leui culpa data*.
3. *ad reſtituendum pignus ad tempus redditum*, *L.* 3. *&* 22. §. *penult. ff. h. t.*
4. *ad aliam rem pignori tradendam* 566),

§. 27.

Fundamentum eſt *ſecundaria debitoris obligatio ad omnem indemnitatem praeſtandam*.

§. 28.

565) Poſteriores ſcilicet, ſi volente debitore ſunt erogatae, aut hic eas facile reſtituere poteſt, quod iudex arbitratur & proſpicit, vt nec delicatus debitor, nec onerosſus creditor audiatur, *L.* 25. *ff. de pignor. act.* Add. E. M. CHLADENIVS in diſſ. *de debitore delicato in contrario fiduciae iudicio.* HOM.

566) Si nempe creditori agenti eique ignoranti a debitore res aliena inuito domino oppignorata eſt. MAD.

Aut ſi res vitioſa aut aliis iam obligata pignori data, *L.* 32. & 36. §. 1. *ff. eod.* HOM.

§. 28.

Exceptiones

1. *impenſarum haud neceſſariarum*, Exceptiones.
2. *vtilium contra prohibitionem* 567) *abſolutarum* 568),
3. *ſcienter rem alienam accepiſti*,
4. *vitii rei pigneratae patentis*,
5. *remiſſionis expreſſae* 569),
6. *redditae rei oppignoratae*,
7. *in vlteriorem oppignorationem conſenſus*,
8. *alienationis creditoris voluntate factae*, & ſic
9. *tacitae remiſſionis*.

567) Quoniam, vt ſupra vidimus, poſſeſſor alicuius rei inchoatas impenſas vtiles abſoluere poteſt. Si autem contra prohibitionem abſolutae ſunt, haec actio ceſſat, adeoque ſolum aduerſionem in rem agi poteſt. MAD.

568) Melius, erogatarum. Confer. STRYCK. *Caut. Contract. Sect. II. cap. IV.* §. 43. HOM.

569) Exceptio remiſſionis aut expreſſae aut tacitae, adeoque aut in vlteriorem oppignorationem conſenſus, aut conſenſus in alienationem rei oppignoratae faciendam. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM VI.

DE ACTIONIBVS EX CONTRACTIBVS CONSENSVALIBVS, IN SPECIE EMTI VENDITI.

§. 1.

Contractus conſenſuales dicuntur, qui nihil praeter conſenſum in formam ſpecificam ad ſui perfectionem 470) requirunt. Quorum ſpecies ſunt:

a. EMTIO VENDITIO,

b. LOCATIO CONDVCTIO,

c. SOCIETAS,

d. MANDATVM,

e. EMPHYTEVSIS.

§. 2.

Emtio venditio eſt *contractus conſenſualis, de re certa, pro certo pretio alteri* 571) *tradenda, initus.*

§. 3.

Oriuntur ex hoc contractu actiones VTRINQVE DIRECTAE, Emti & Venditi 572).

DE

570) In negotiis iure ciuili determinatis. MAD.

571) Quoad proprietatem. MAD.

572) Confunduntur tamen interdum in LL. haec vocabula, vt actio emti detur venditori & vice verſa, *L. 13. §. 25. ff. de act. emt. vend. L. 26. ff. de aedil. edict. L. vnic. C. ſi ſerv. extr. ſe emi mand.* HEINECCIVS *in Pand. Part. III. §. 311. **. HOM.

Digitized by Google

DE
ACTIONE EMTI.

§. 1.

ACTIO EMTI eſt actio ciuilis, perſonalis, rei perſecutoria, b. f. & datur *emtori*, aut eius heredibus, *aduerſus venditorem*, aut eius heredes, *ad rem venditam tradendam & reliqua*, *quae* vel *ex natura contractus*, vel *ex pacto legitime adiecto deſcendunt*, *praeſtanda*. De act. emti indole. §. 1-3.

§. 2.

Competit *emtori*. *Ceſſionario*, aut *mandanti* VTILIS *datur* 573), *L. 13. ſ. 25. ff. de act. emt. vend.*

§. 3.

Inſtituitur *contra venditorem*, contra *mandantem* vero VTILIS. all. Leg.

§. 4.

Fines ſunt Fines A. E. §. 4-11

1. *ad rei venditae vacuam poſſeſſionem tradendam* 574),

2. *vt*

573) Potius, *competit emtori* eiusque *ceſſionario*, *mandanti autem* VTILIS *datur*. Ceſſionarius enim actione ceſſa agit, igiturque nullam aliam actionem inſtituere poteſt, quam eam, quae illi ipſi competebat, qui hanc actionem ceſſit, ſi vero a mandante emtoris inſtituitur, tunc actio emti *vtilis* in lege cit. nominatur, licet in effectu inter vtramque nihil interſit. MAD.

574) Finis 1) potius tendit, *ad rem venditam praeciſe tradendam* ita, vt nemo, rei animo ſibi habendi incumbat. Venditor hinc praeſtando id, quod intereſt, invito emtore ſe liberare nequit. CHR. THOMASIVS Diſſ. *an promiſſor facti liberetur praeſtando id, quod intereſt*. In Saxon. El. conſ. ORD. PROC. REC. *Tit. XXXIX.* §. 2. HOM.

Digitized by Google

2. *vt non vitioſa res & libera ab oneribus priuatis* 575) *praeſtetur*, *L. 1. §. 1.* & *L. 39. ff. de act. emt. vend.*

§. 5.

Finis

3. *ad fructus, tempore perfectae emtionis nondum perceptos, neque pro perceptis iure habitos, reſtituendos*, *L. 13. & 16. C. de act. emt. vend.*

§. 6.

Finis

4. *ad pertinentias, ſcilicet quae vel ex lege, vel conſuetudine, vel deſtinatione & actuali adplicatione aeſtimandae, ſimul tradendas*, *L. 17. ff. eod.*

§. 7.

Finis

5. *ad theſaurum conſequendum* 576), *L. 1. C. de peric. & commod. rei vend.*

6. *ad*

755) Quae venditor non praedixit. Ab oneribus publicis, quae nondum tempore emtionis venditionis initae re vera fundo impoſita ſunt, liberum non praeſtat venditor, licet ex cauſa antecedente praedium hisce oneribus generatim obnoxium videri poſſet. Nam ante impoſitionem actualem nulla naſcitur obligatio poſſeſſoris, v. c. ſi tantum aes alienum publicum contractum eſt tempore belli, vt ad illud ſoluendum onera atque contributiones fundis ipſis imponendae ſunt, venditor tantum liberum fundum ab iis praeſtat, quae tempore venditionis iam repartitae ſunt, quae vero poſt venditionem determinantur aut imponuntur, emtor ſuſcipere debet. MAD.

De his quoque agit LEYSER. *ad Pand. Spec. 208. Med. 5.* Inualida etiam ſunt pacta, quibus venditor ad futura tributa publica ferenda ſe obligat, *L. 1. C. ſine cenſu vel rel. fund. compar. non poſſe.* In Saxon. vid. DECIS. EL. *65.* & REG. *XVII. d. a. 1746.* I. T. RICHTER. diſſ. *de pacto, quo quis fundum ſine tributis habeat, vel alienet, prohibito.* HOM.

576) Poſt emtionem venditionem perfectam in fundo ven-

Digitized by Google

6. *ad omne intereſſe præſtandum*, ſcil. ſi
   - a. res vitioſa 577) vendita,
   - b. qualitates laudatae deficiant,
   - c. ſi ſeruitutes, aut alia onera priuata, cohaereant & venditor hoc 578) ſciuerit,
   - d. ſi res ex praecedente vitio perierit,
   - e. ſi pignus inhaereat,
   - f. ſi venditor ſua culpa rem tradere nequeat.
7. *ad pretii dati reſtitutionem in caſibus* ſub d. & f. 579).

§. 8.

Finis

8. *ad liberationem ab onere pignoris* 580), *L. 5. C. de euict.*

§. 9.

vendito inuentum, quatenus ad acceſſiones fundi ſecundum principia Pand. referri poteſt. MAD.

Theſaurum emtor mox in totum, mox pro dimidia parte conſequitur, prout eum ipſe invenit, vel alius caſu fortuito. HOM.

577) Scil. ſi vitium latens eſt, quo in caſu vel vitium vſum rei ordinarium vel vſum extraordinarium impedit. Poſteriori in caſu non tenetur venditor, niſi illum pacto ſpeciali promiſit. Priori vero vel nullum plane, vel tantum vſum ordinarium non praeſtat res vendita. Si prius *actio redhibitoria*, ſin poſterius *actio quanti minoris locum habet.* MAD.

578) Potius: non praedixerit ante perfectam emtionem venditionem. MAD.

Secus eſt, ſi neſciuerit, & proteſtatus ſit, ſe nolle teneri de iis, *L. 1. §. 1. ff. de act. emt.* HOM.

579) Et in caſu redhibitionis, & pro parte in actione quanti minoris. MAD.

580) I. e. vt venditor creditori ſoluendo ſatisfaciat. HOM.

Digitized by Google

§. 9.

Finis

9. *ad reſtitutionem eius, quod emtor creditori ad liberandam rem a pignoris onere dedit*, *L. 3. C. de euict.*

§. 10.

Finis

10. *ad euictionem praeſtandam* 581).

§. 11.

Decertant DD. de quaeſtione: *an in pretii reſtitutione reſpiciendum ſit ad tempus venditionis*, aut *ad pretium, quod tempore euictionis iuſtum eſt?* 582) Meam traditurus ſententiam aſſero:

Pre-

581) Quae conſiſtit in reparatione damni, per euictionem perpeſſi. HOM.

582) Secundum naturam rei obiectiuam atque analogiam iuris venditor id praeſtare debet, vt emtor indemnis reddatur, adeoque id, quod tempore euictionis in patrimonio emtoris fuit, quantumque igitur damni ipſe paſſus eſt emtor. Ea obligatio naturali ratione venditori imponenda erat, quoniam per factam alienationem vitioſam cauſam ipſius damni dedit. Pariter autem emtor dominus fit, indeque lucrum & damnum caſuale ſentire debet. Hanc naturalem rationem ſecutus quoque eſt PAVLLVS *L. 70. cit. tit.* vbi: *Euicta re, ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, ſed ad id quod intereſt competit. Ergo ſi minor eſſe coepit, damnum emtoris erit,* & IAVOLENVS *L. 60. -- & ex natura ex emto actionis hoc, quod intereſt*; rem conficiunt *L. 9. 21. 23. C. eod.* & ita nulla computatione moleſta decrementi aut augumenti pretii opus eſt, ſed ſola aeſtimatione bonitatis tempore euictionis. Quod autem idem PAVLLVS *L. 13. & 53. cit.* tam in *libr. 5. ad Sabinum*, quam *lib. 77. ad Edictum* bonitatis aeſtimationem partis euictae ex tempore venditionis faciendam eſſe dicat, de actione ex ſtipulatu explicandum eſt, in qua ad ſolum tempus ſtipulationis reſpiciebatur,

Digitized by Google

Pretium venditionis tempore datum, a venditore emtori, ad euictionem praeſtandam, reſtituendum eſſe, L. 13. & 53. ff. de euict.

His tantum additis limitationibus:

1. *Si res euicta tempore euictionis melior exſiſtit, & tales ſunt meliorationes, quas emtor non recuperat ab euincente*, v. c. ſi ob alluuiones, coalitiones fundo quid acceſſerit, *tunc venditor emtori, praeter pretium ab emtore datum, etiam hoc praeſtare tenetur.* Obſt. *L. 64. ff. de euict.* 583)

2. *Si res deterior facta ipſius rei partiali interitu, tunc illud tantum pretium petere poteſt emtor, quod tempore euictionis iuſtum eſt, L. 66. & 70. ff. de euict.*

   Aliter ſentiunt BÖHMERVS *ad Pand. tit. de euict. ſ. 15.* LVDOVICI *in compend. Pand. eod. tit. ſ. 8.* Confer. FRANZK *ad Pand.* & VOETIVS *ad Pand. eod. tit.*

§. 12.

tur, adeo vt diſtingueretur, vtrum pro indiuiſo, aut diuiſo pars ea certo pretio vendita fuerit. Priori in caſu pretium huius partis, per relationem ad totum pretium conventum, determinabatur, *L. 1. de euict.* Poſt. vero quanti ea veniit, *L. 53. pr. eod. L. 14.* Confer. CHR. FR. WAECHTLER *Tract. de euictionibus.* Dreſd. 1680. vid. *eius opuſc.* a CHRIST. HENR. TROTZ. Traj. ad Rhen. 1733. edita. IO. SAM. FRID. BOEHMERVS diſſ. *de computatione pretii in euictionis praeſtatione.* Hal. 1745. MAD.

583) Varie haec lex torſit interpretes, vid. WAECHTL. l. c. ad h. L. ſed noſtrae ſententiae non officit. Manifeſte enim loquitur de actione ex ſtipulata euictione, de qua PAPINIANVS — *nam & e contrario non augetur quantitas euictionis, ſi res melior fuerit effecta,* recte ait. *De eo enim, quod acceſſit euicta re vendita,* ex emto *erit agendum, L. 16. t. cit.* MAD.

§. 12.

Finis.

11. *tendit ad leuis culpae praeſtationem* 584). Reliqui fines ex accidentalibus pactis 585) dimanant.

§. 13.

Eius fundamenta. §. 13-16.

Fundamenta ſunt

1. *contractus emtionis venditionis rite initus*, cuius eſſentialia ſunt:

α. conſenſus in rem certam tradendam pro pretio certo,

β. adimpletio contractus, ex parte actoris 586),

γ. fructuum perceptio poſt perfectum contractum. *Haec fundamenta actor probare tenetur.*

§. 14.

Fundamentum

2. eſt principium iuris, *acceſſorium ſequatur principale.* Quod probationem attinet, probari debet exſiſtentia huius acceſſionis, quod vero pro acceſſorio habeatur, in probationem haud venit,

584) Si emtor eſt in mora, ad dolum & culpam latam venditor tantum obligatur, *L. 17. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* HOM.

585) Potius, pactis adiectis. MAD.

586) Quae conſiſtit in ſolutione pretii. HOM.

Quae ſub β & γ propoſita, ad eſſentialia contractus emt. vend. minus recte referuntur, quamuis praeter eſſentialia ipſius contractus ad fundamentum actionis pertinent. Si vero fides de pretio habita fuerit, aut in libello actor ſatisfactionem ſtatim offert, exceptio nondum adimpleti contractus illi non obſtabit. MAD.

Digitized by Google

venit, niſi in ſpeciali lege aut conſuetudine, aut deſtinatione & illatione actor petitionem fundet 587).

§. 15.

Si ad intereſſe actio inſtituitur, ex his fundamentum vnum eſt proponendum, & reo negante probandum, vel

1. *vitium rei venditae*, & *quod tempore venditionis iam adfuerit.* Vtrumque probandum eſt, ſed ſi intra triduum ſe exſerat, praeſumitur 588).
2. *quod qualitas promiſſa deficiat.* Probetur ergo promiſſio & defectus qualitatis 589).
3. *ſeruitus* 590) *rei venditae inhaerens.*

4. *quod*

587) Sed ſi emtio ſecundum enumerationem rerum ad rem vendendam pertinentium (nach einem Anſchlag) facta ſit, nil praeſtat venditor, niſi cuius in enumeratione mentio facta eſt, licet ſecundum rei naturam ad pertinentias referri poſſit, v. c. domus, quae ad vendendum publico proclamate expoſita, in eodemque quoad ſingulas partes deſcripta erat, iudicis auctoritate vendebatur, qui minorem adiacentem & hucusque pro acceſſorio coniunctoque habitam ſimul adiudicauerat, ſed recte venditor eam retinebat, actorque repulſam tulit, ſaluo regreſſu contra iudicem, qui in termino licitationis eandem ſimul vendi dixerat. Praxi Brandenburgica id confirmatur, quod & formula adiudicationis *Cod. Frid. Part. III. Tit. 41. lit. C. ad §. 44.* in concurſu creditorum praeſcripta teſtatur. MAD.

588) Ex vſu fori. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. VIII. Th. 6. n. 3.* WERNHER. *Part. X. Obſ. 339.* HOM.

589) Sed ſaepe hac actione continetur etiam querela non adimpleti contractus, quae in *ſimplici negatiua* fundata eſt, adeo vt tunc ſufficit promiſſionem probaſſe, & probatio adimplementi promiſſi iniungenda ſit reo. MAD.

590) Add. *aut pignus.* HOM.

Digitized by Google

4. *quod res perierit ex vitio tempore perfectae emtionis iam exſiſtente* 591). Reliqua fundamenta in ipſis finibus traditis inuenies expoſita, eaque omnia probationi ſubiacent.

§ 16.

Quam-diu duret? *Perpetua eſt actio emti*, terminus vero *a quo* computabitur a tempore perfectae emtionis.

§. 17.

Excep-tiones oppon. Exceptiones ſunt

1. *nondum adimpleti contractus* 592),
2. *doloſae inductionis ad fidem de pretio habendam* 593),
3. *rei venditae ſine culpa leui exſtinctae* 594),
4. *vitii patentis*,
5. *vitii poſt tempus contractus enati*,
6. *contractus, ob pactum commiſſorium vel addictionis in diem reſoluti*,

7. *fru-*

591) Si nempe poſt emtionem venditionem illa res extincta fuit, & tunc emtor a venditore aeſtimationem rei venditae exigere vult. MAD.

Addatur illis quatuor recenſitis

5) *quod res ſine culpa emtoris actu iudicialiter ſit euicta, & litis denunciatio legitime facta.* HOM.

592) Vid. not. 586. ad §. 13. MAD.

De effectu huius exceptionis in proceſſu executivo in Saxon. El. vide ORD. PROC. REC. *App.* §. 4. HOM.

593) Si nempe rem tradere venditor recuſat, ob pretium nondum ſolutum, quod ipſe tamen emtori ab eo doloſe inductus credidit. MAD.

594) Memoranda diſpoſitio *Cod. Frid. III. Tit. XLI.* §. 48. & Anhang *ad cit.* §. quod in ſubhaſtationibus neceſſariis ante traditionem nullum rei periculum ad emtorem ſpectet. MAD.

Digitized by Google

7. *fructuum ante perfectum contractum perceptorum*,
8. *pertinentiarum ante emtionem perfectam alii venditarum* 595),
9. *rerum ad temporalem tantum vſum*, ornatus vel cuſtodiae gratia, *in fundo exſiſtentium*,
10. *ignorantiae ſeruitutis* 596),
11. *proteſtationis factae de euictione, ratione onerum priuatorum, non praeſtanda* 597),
12. *ignorantiae pignoris conſtituti* 598),
13. *ſcienter rem oppignoratam emiſti* 599),
14. *intereſſe illiquidi, immoderati* 600),
15. *impenſarum in rem, vel fructus collocatarum.*

595) In Saxon. El. alienatio, qua praedium acceſſorium a principali auellitur abſque ſupremi tributorum collegii auctoritate & confirmatione facta, ipſo iure nulla. MANDAT. *de an.* 1732. SCHOTT. *Inſt. Iur. Sax. El. pag.* 732 *ſq.* HOM.

596) Quae quidem reum a dolo liberat, non vero a praeſtatione aeſtimationis, in quantum per ſeruitutem fundus venditus minoris pretii factus fuerit. MAD.

597) Quae vero exceptio, cum pactum de non praeſtanda euictione inuoluat, non aliter locum habet, niſi exiſtentia pacti adiecti, atque adeo etiam conſenſus emtoris probari poſſit. MAD.

598) Quae, quamuis reum a praeſtatione doli liberet, tamen non liberat ab obligatione fundum venditum a pignoris nexu liberandum. MAD.

599) Haec tamen exceptio nullius vtilitatis eſt, quum ſola ſcientia emtoris illum obligare non poſſit, ad rem emtam oppignoratam ſolutione debiti reluendam, atque adeo, ſi emtor obligatus eſſe debeat, praeciſe requiritur pactum adiectum, vi cuius ipſius debiti ſolutionem in ſe recepit. MAD.

600) Quae rem reducit ad arbitrium boni viri & iudicis. MAD.

Digitized by Google

16. *remiſſae euictionis praeſtationis* 601),
17. *alienationem alieno nomine ſuſcepi* 602),
18. *rei culpa emtoris euictae*,
19. *rei non iudicialiter euictae*,
20. *poſſeſſionis tantum euictae*,
21. *ſciens rem alienam emiſti*,
22. *denunciationis* vel *plane non*, vel *non legime factae* 603).

Li-

601) Potius: *pacti de non praeſtanda euictione, atque adeo remiſſi oneris praeſtandae euictionis.* Pactum de non praeſtanda euictione, modo non pactum de non praeſtando dolo inuoluat, validum eſſe euictum dedit I. H. BOEHMERVS Diſſ. *vindiciae pacti de non praeſtanda euictione contra communes errores.* Hal. 1735. (add. EIVSD. diſſ. *vſus & commoda pacti de praeſtanda euictione in cauſſis priuatis & publicis.* Hal. 1696. Et quum contra *priorem diſſ.* FRANC. ALEF. *veritatem iuris communis opinionis circa pactum de non praeſtanda euictione contra nouiſſimos Boehmeri errores* (Heidelb. 1736.) aſſeruerit, parentem defendit GE. LVD. BOEHMERVS diſſ. *repetitae vindiciae pacti de non praeſtanda euictione.* Hal. 1737. MAD.

602) Quae ſi probari poteſt, efficit, vt emtor mandantem ſiue principalem debitorem conuenire debet. MAD.

603) Emtor enim litem venditori denunciare debet, *L. 53. §. 1. L. 8. 9. 23. C. de euict.* niſi denunciatio remiſſa ſit, *L. 63. pr. eod.* ſed & in caſu remiſſionis emtor rem in iudicio grauiter defendere, & inſtrumenta ad repellendum petitorem apta, a venditore, quem ea poſſidere nouit, exigere debet, ob dolum, qui nunquam venit in conuentionem, WAECHTLER. *l. c. ad L. 63.* A qua denunciandi neceſſitate exceptionem tradunt SCHAVMB. *princ. prax. Lib. I. S. II. c. 6. §. 4.* VOET. *ad Tit. de euict.* LEYSER. *Spec. 241. Med. 6.* de CANNGIESS. *Collect. Deciſ. Tom. I. p. 378. 21.* etc. niſi notorie conſtet de iuſtitia euincentis, & appareat vel emtor probare velit, venditorem nullum ius habuiſſe, quo rem venditam defendere potuiſſet. Sed

vt

Libellus
ad euictionem praeſtandam.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt er vom Beklagten ſein Guth zu Groſtewitz nebſt allen Pertinentien an Wieſen, Holz und Feldern vor 6000 Thlr. erkauft, ihm auch dieſe Kaufſumme entrichtet. Nachdem aber Kläger wegen der an der Gemeinde Hutung liegenden Wieſe, ſowol wegen 2 Acker Holz, welches alles Kläger bey Erkaufung gedachten Guthes als Pertinenz-Stücke mitgekaufet, vom Sempronio des Eigenthums halber in Anſpruch genommen worden, Kläger auch Beklagten ſogleich dieſerwegen litem denunciret, welcher aber in termino nicht erſchienen: ſo iſt Kläger endlich durch Rechtskräftig geſprochenes Urthel 604) obbemeldete Wieſe nebſt denen

vt taceamus exceptionem hanc legibus eſſe incognitam, rationi iuris repugnat, tum quod emtor id plene probari nequeat, atque exceptio de iure tertii eſſet, tum quia re vera renunciationem regreſſus adverſus venditorem haec *omiſſio obligationis* continet. Quod ſi enim id, *ad quod obligatus eſt*, non facit, tacite renunciat, in quo ſolum fundamentum tacitae renunciationis verſatur. — Vtrum ante aut poſt L. C. & vtrum ſemper iudicialiter fieri debeat, iure communi determinatum non eſt, quid autem *iure Cod. Frid.* valeat, ſicuti de ceteris huius litis denunciationis captibus, dicturi ſumus in *prael. proceſſualibus*. MAD.

In Saxon. El. vid. ORD. PROC. REC. *Tit. XIV. §. 1.* HOM.

604) Si litem venditori denunciauerit, emtori non incumbit neceſſitas prouocandi, neque requiritur, vt remediis vlterioribus vtatur, *L. 63.* vbi: — *quaeritur, quum emtrix non prouocauerat, an venditorem poterit conuenire? Herennius Modeſtinus reſpondit, ſiue quod alienus fuit, cum veniret, ſiue quod tunc obligatus, euictus eſt, nihil proponi, cur emtrici aduerſus venditorem actio non competat.* Hoc verum puto, ſi emtor ſolis remediis, quae apud venditorem ſunt, defendi poſſit, ſed ſi ex ſua

Digitized by Google

denen 2 Ackern Holz Sempronio abzutreten genöthiget worden; Wann ſich denn Beklagter ſo wenig zu Erſtattung des Werthes obgedachter Grundſtücken, wovon die Wieſe auf 200 Thlr. die 2 Acker Holz aber auf 400 Thlr. durch Hauswirthſchafts-Verſtändige taxiret worden, als derer nach beygehender Liquidation ſub A. & B. verurſachten Schäden und Unkoſten an 110. Thlr. verſtehen will; Als iſt Kläger zu klagen bewogen worden, fordert Einlaſſung und Antwort ſo wohl auf die Klage, als die Liquidation ſub A. & B. und bittet hierauf zu erkennen:

Daß Beklagter die *libellirten* 200 Thlr. und 400 Thlr. als den Werth derer evincirten Grundſtücke, ſowol die verurſachten Schäden und Unkoſten an 110. Thlr. nicht weniger die Unkoſten dieſes *Proceſſes* zu erſtatten ſchuldig.

DE ACTIONE VENDITI.

§. 18.

De indole A. V. ACTIO VENDITI eſt *actio ciuilis, perſonalis, rei perſecutoria, bonae fidei, quae datur venditori*, aut eius heredibus, *aduerſus emtorem*, aut eius heredes *ad pretium dandum, & reliqua, quae vel ex natura contractus, vel pacto adiecto dimanant, praeſtanda.*

§. 19.

ſua perſona exceptiones defenſionis habeat, easque ulteriori remedio neglecto, ſua igitur culpa, derelinquat venditor, teneri non videtur. Videndum igitur eſt, quis grauatus per ſententiam videri poſſit, vel cuiusnam adeo obligatio fuerit, per interpoſitionem remediorum fauorabiliorem ſententiam quaerendi. In eo itaque caſu emtor libello adiicere debet, per ſententiam *in ultima inſtantia* latam ad reſtituendum rem euicenti ſe eſſe condemnatum. MAD.

Digitized by Google

§. 19.

Finis Fines A. V. §. 19. 26.

1. principalis eſt, *vt pretium in determinata quantitate & qualitate ſoluat*,
2. *ad vſuras praeſtandas*, vel *promiſſas*, vel *ob moram* 605),
3. *ad impenſas* tam *neceſſarias*, quam *vtiles* 606) *reſtituendas*.

§. 20.

Pacto commiſſorio reſolutiuo adiecto 607), tendit.

1. *ad rem reſtituendam cum acceſſionibus*,
2. *ad fructus perceptos* & *percipiendos praeſtandos*, niſi verbis obliquis pactum conceptum 608); vid. *L. 4. §. 1. ff de lege commiſſ.*
3. *ad praeſtandam culpam leuem*, & *leuiſſimam* quoque & *caſum fortuitum*, poſtquam moram in ſoluendo pretio contraxit.

§. 21.

Ex hoc pacto contra tertium agere nequit, ſed rei vindicatione vti poteſt, ſi verba obliqua pacto haud adie-

605) Vel *ob legis diſpoſitionem*. In Saxon. El. de vſuris reſidui pretii mercium venditarum vid. DECIS. REG. *XV. d. a. 1746.* HOM.

606) *Poſt contractum perfectum erogatas.* HOM.

607) In gratiam venditoris pactum commiſſorium, addictionis in diem, retrouenditionis, & de iure protimiſeos ſaepe adiicitur. Eſt vero *pactum commiſſorium* id, vt, pretio ſua die non ſoluto, res ſit inemta. HOM.

608) Id eſt, ſub conditione reſolutiua, vi cuius contractus reſoluitur *ex nunc*, cum alias *ex tunc*. HOM.
Sed de hac diſtinctione in L. cit. nihil reperitur, vid. not. 609. ad §. ſeq. MAB.

Digitized by Google

adiecta 609), *L. f. ff. de lege commiſſ.* Secundum praxin tamen ex pacto contra tertium agi poteſt.

1.' *ſi*

609) Ex natura conditionis reſolutiuae intelligimus dominium in emtorem ſub conditione tantum eſſe translatum, adeoque exiſtente conditione reſolutiua, idem illud redire ad venditorem. Gloſſa autem ad *L. 2. de in diem add.* (& vt habet Editio BANDOZAE, Accurſius) reſtrinxit illud praeciſe ad verba, res inemta ſit, ex quo deinde communis ſchola DD. diſtinctionem introduxerunt inter verba *directa* & *obliqua. Priora*, quibus tanquam ſolennes formulae adnumerant locutiones, *res ſit inemta, ſit nulla, recedatur, reſiliret*, eam ſolum vim habere putant, vt dominium ipſo iure reuertatur ad venditorem & contractus reſoluatur ex tunc, *poſteriora* autem, ad quae referunt vt *reddatur, reſtituatur*, immo (nam ſibi non conſtant) vt *recedatur, ad ſe reuerteretur*, vt *reſilire liceat*, magicam illam vim non habere, ſed traditione opus eſſe, adeoque nec contra tertium dari vindicationem. Sed neque LL. haec diſtinctio verborum, nec conditionem reſolutiuam pro diuerſa ratione eorum diuerſos producere effectus probari poteſt. Eam iam in dubium vocarunt COVARRVVIAS *Lib. III. var. reſol. c. 8. n. 1.* & I. H. BOEHMER. diſſ. *de verbis directis & obliquis* (Hal. 1717. rec. 1735.) §. 30. *ſeq.* qui tamen re vera titubat, nec aperte ſententiam dixit, ſed rem in ſuſpenſo relinquit, adeo vt etiam in repetitis Editt. *Iur. Digeſtorum* & in libro *de Actionibus Sect. II. cap. 8. §. 88.* Communi ſententiae aduerſatur *L. 3. C. de pact. inter emt.* vbi in caſu verborum, *vt ad ſe reuerteretur*, quae certe ſecundum definitionem LVDOVICI & BOEHMERI *de act. cit. l.* ad verba directa eſſent referenda, rei vindicatio denegatur. Nos putamus conditione reſolutiua exiſtente vel agi aduerſus emtorem, vel aduerſus tertium poſſeſſorem. Si prius, ex vendito tantum agi poſſe, *L. 3. de leg. comm. L. 6. de contrah. emt. L. 3. C. de pactis inter emt.* nullam autem vindicationem locum habere, quae venditori h. *L. 3. C.* expreſſe denegatur, licet WISSENBACHIVS *ad h. L. 3.* non ex vendito, ſed rei vindicatione agi poſſe, propter *L. 4. C. eod.* defendit. Sed in ea *L. 4.* vindicatio aduerſus tertium intelligenda eſt, aut dicendum, quod in eadem ac

L. vlt.

1. *ſi tertius ſciuerit pactum* 610),

2. *ſub hypotheca reali* 611) *conceptum ſit* 612).

§. 22.

Pacto addictionis in diem reſolutiuo 613) contractui inſerto, iidem fines obtinebunt, hoc tantum obſeruato, quod ſi emtor primus, meliori conditione oblata, idem 614) praeſtet 615), ille rem retineat, & fructus tantum reſtituere teneatur 616).

§. 23.

Ex pacto retrouenditionis 617), appoſito contractui, actio haec tendit

O 5 1. *ad*

L. vlt. ff. de lege comm. quae rei vindicationem venditori aduerſus emtorem tribuere videtur, ſub vindicatione id ſignificari, ſi venditor *rem recipere*, non autem ad implendum contractum agere vellet, quod in libero eius eſt arbitrio, *L. 2. ff. de lege comm.* Poſteriori autem citra omnem verborum differentiam actione reali aduerſus tertium agi poſſe opinamur, *L. 41. ff. de rei vind. L. 13. ff. de pign. act. L. 2. §. 3. ff. pro emt.* MAD.

610) Sed nuda ſcientia apud tertium dolum non operatur, & ſi in dolo conſtitueretur, actio potius de dolo, non autem ex vendito locum habere debeat. MAD.

611) Sed hypotheca ſemper realis, nunquam perſonalis eſt, neque exceptionem continet, nam actio hypothecaria quidem tunc locum habet, non autem actio venditi. MAD.

612) Addatur
3. *verbis directis conceptum.* HOM.

613) Quo conuentum de re vendita ei addicenda, qui meliorem offert conditionem. HOM.

614) Denunciatione facta. HOM.

615) Cum ei ius protimiſeos competat. HOM.

616) Quum contractus conditione reſolutiua exiſtente reſoluitur ex *tunc*. MAD.

617) Pactum de retrouendendo vel in gratiam venditoris, vel in gratiam emtoris adiicitur. Priori in caſu eſt pa-

Digitized by Google

1. *ad rem venditam, pretio oblato, reſtituendam* 618),
2. *damna culpa* 619) *data reſarcienda*,
3. *ad fructus* 620) *vltimi anni pendentes pro rata reſtituendos* 621), *L.* 2. *C. de pact. inter emt.*

§. 24.

pactum *de retrouendendo in ſpecie*, quod ius liberum intuitu venditoris, & obligationem intuitu emtoris conſtituit. Poſteriori vero eſt pactum *de retroemendo*, quod ius liberum ratione emtoris, obligationem autem ratione venditoris operatur. In priori vel idem pretium conuentum eſt, vel non. Si prius, pretium quidem primum reſtituendum eſt, detracto autem aut addito eo, quanti res retrouendenda deterior aut melior facta eſt, ideoque & damna caſualia fert emtor, quum conditio reſolutiua, quae huic pacto ineſt, contractum perfectum praeponat, perfecta autem emtione venditione periculum tranſit in emtorem, qui inſuper dominus factus eſt ſecuta traditione, licet dominium reuocabile ſit, adeo vt minus ſufficere videantur rationes, quibus ſummum tribunal Berolinenſe contrarium pro iure conſtituit, quasque exhibent Beyträge zur juriſt. Litt. in den Pr. Staaten. Erſt. Saml. S. 9. cf. DAN. NETTELBLADT diſſ. *de expenſarum & pretii reſtitutione in retrouenditione.* Hal. 1776. ſin poſterius, verum rei pretium praeſens praeuia taxatione & aeſtimatione iudiciali praeſtat ſecundus emtor, quoniam contractus non *ex tunc*, ſed *ex nunc* reſoluitur. Ex pacto autem de retroemendo actio, quae ad actionem emti referenda eſt, tendit, vt venditor eam redimat, aut eodem pretio, computatis iterum deteriorationibus, aut pretio praeſenti iudiciali aeſtimatione eruendo. MAD.

618) Offerendum eſt pretium, ſi aliud non conuentum, quod tempore retrouenditionis iuſtum eſt, *L. 58. ff. de pact.* LEYSER. *ad ff. Spec. 191. Med. 9.* HOM.

619) Intellige *leui.* HOM.

620) Potius: *poſt oblatum pretium*, vt habetur in *L. 2. cit.* & ipſe A. §. ſeq. n. 2. enunciat. MAD.

621) Reſoluitur enim contractus *ex nunc.* HOM.

§. 24.

Si in contractu emtionis *pactum de iure protimiſeos* adiectum eſt 622), atque ex hoc iure venditor agat, finis eo procedit:

1. *vt res tradatur*, *ſoluto pretio*, *quod extraneus obtulit*, *cum acceſſionibus.*
2. *vt fructus*, *poſt oblatum ab emtore pretium*, *percepti reſtituantur*,
3. *ad intereſſe praeſtandum*, ſi forſan extraneo iam res ſit tradita, & contra tertium actio non ſuppetat.

§. 25.

Quatenus contra tertium 623) ex hoc pacto agi poſſit, intelliges ex his, quae ſupra commemoraui in pacto commiſſorio 624)

§. 26.

Cum autem 625) contra tertium difficilior ſit actio, conſultius venditor intelligens, emtorem rem alteri tra-

622) Et conuentum, vt in caſu venditionis venditor idem offerens, ac extraneus, huic praeferatur. HOM.

623) Sed nunquam ex contractu contra tertium agi poteſt, *L. 25. ff. de obl. & act. L. 81. §. 1. de contr. emt. vend.* & ad §. 21. quoque non ex vendito, ſed rei vindicatione agi poſſe oſtendimus. MAD.

624) Dicatur de differentia iuris protimiſeos & retractus. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 9., n. 1.* Add. G. S. MADIHN. diſp. *de iure protimiſeos a iure retractus diſcrimine.* HOM.

625) Totus hic §. 26. potius ita ponendus: ſi venditori non competit actio hypothecaria, i. e. ſi obligatio emtoris, ius protimiſeos per pactum adiectum conſtituentis, hypotheca non eſt munita, venditor intelligens, emtorem rem alteri traditurum eſſe, ſibi proſpicere poteſt, per praeceptum de non tradenda re a iudice rei ſitae impetranda, quae inploratio

traditurum, vel impetrabit praeceptum de non alienanda re, quod & extra Saxon. auxilium praeſtat, vel appellabit contra traditionem 626) (die Lehnsreichung) coram iudice rei ſitae 627).

§. 27.

Eius fundam. §. 27-31.

Fundamenta ſunt

1. *eſſentialia emtionis*, de quibus ſupra actum,
2. *adimpletio contractus ex parte actoris facta* 628),
3. *tempus pretii promiſſi*, ſi ſcilicet fides habita de pretio,
4. *vſurarum* vel *promiſſio*, vel *mora emtoris* 629),
5. *impenſarum collatio in rem* vel *fructus facta, poſt perfectum contractum.*

Atque haec omnia probanda ſunt.

§. 28.

Intuitu pacti commiſſorii illud fundamenti loco adduci, & deinde negante reo probari debet. Damna pariter petat actor, atque probet 630).

§. 29.

tio proteſtationem inuoluit, atque rem tradendam litigioſam efficit, adeo vt nunc traditio rei litigioſae procedere non poſſit. Appellatio vero ideo locum habere nequit, quoniam ea tunc demum competit, ſi aliquis a iudice grauatus eſt. MAD.

626) Et inueſtituram iudicialem. HOM.

627) Poteſt quoque in caſum, ſi emtor denunciationem omiſerit, poena conuentionalis ſtipulari. HOM.

628) Quae conſiſtit in rei traditione, aut eius oblatione. HOM.

629) Add. vel *legis diſpoſitio.* HOM.

630) Melius loco huius §. 28. ponatur. Si ex pacto commiſſorio agatur, fundamenti loco adducendum:

1. *ipſum pactum commiſſorium*,
2. *mora emtoris in ſoluendo pretio*,

3. *fru-*

§. 29.

Si ex pacto addictionis in diem agere cupias,

1. *ipſum pactum, quibus verbis initum ſit, exprimas.* Probe enim circumſpicere te oportet, an hoc pactum ſub conditione ſuſpenſiua 631), aut reſolutiua ſit initum 632).

§. 30.

2. *eſſentialia* 633) *huius pacti probe in conſiderationem ducas*, vt adpareat

   a. *meliorem conditionem eſſe oblatam* 634),

   b. *quod venditor eam acceptare velit, L. 9. ff. h. t.*

c. quod

3. *fructuum perceptio*,

4. *damnorum illatio.* Quae, ſi a reo negantur, ſunt probanda. Add. G. S. MADIHN. Diſſ. *de effectu legis commiſſoriae parte pretii ſoluta ad L. 4. §. 1. ff. de lege commiſſoria.* HOM.

631) VLP. *L. 2. de in d. add. Quotiens fundus in diem addicitur, vtrum pura emtio eſt, ſed ſub conditione reſoluitur, an vero conditionalis ſit, magis emtio quaeſtionis eſt? Et mihi videtur verius intereſſe, quid actum ſit. Nam ſi quidem hoc actum ſit*, vt meliore conditione allata, diſcedatur, *erit pura emtio, quae ſub conditione reſoluitur: ſin autem hoc actum eſt*, vt perficiatur emtio, niſi melior conditio offeratur, *erit emtio conditionalis.* MAD.

632) In hac, non illa, dominum & periculum transfertur. HOM.

633) Non ſunt eſſentialia pacti huius, adeoque ſubſtituendum: *virtute huius pacti actor in libello adſerere debet etc.* MAD.

634) *Ab alio, quem nominare etiam debet.* MAD.
Si nullum tempus in pacto expreſſum, intra 30. annos conditio melior offeratur, arg. *L. 3. C. de praeſcript. 30. vel. 40. annor.* HOM.

Digitized by Google

c. *quod denunciauerit emtori, L. 7. et 8. ff. eod.* Conſultum 635) erit aliquando adiicere, quod emtor illud, quod meliori conditione oblatum, ſupplere nolit, quo ipſam rei reſtitutionem petere poſſis.

§. 31.

Ex pacto retrouenditionis incumbit

1. *pacti curata adiectio,*
2. *tempus vt exprimatur,* ſi vel terminus *a quo,* vel *ad quem* determinatus ſit,
3. *quod obtulerit determinatum pretium,*
4. cum aliquando *ad intereſſe* tantum *competat actio*, eo nomine requiritur vel
   a. *deterioratio rei*, vel
   b. *quod culpa perierit* 636), vel
   c. *quod alii tradiderit* 637),

5. con-

635) Non ſolum conſultum, ſed potius neceſſarium erit, quoniam antequam eandem conditionem oblatam denegauerit, nulla competit actio, id quod clare demonſtrant verba *L. 8. Neceſſe autem habebit venditor meliore conditione adlata, priorem emtorem certiorem facere, vt, ſi quod alius adiicit, ipſe quoque adiicere poſſit.* Illud etiam probatur *h. LL.* non ſtatim diſcedere poſſe ab emtione venditione, ſi melior offeratur, ſed tum demum, *niſi prior paratus ſit plus adiicere*, adeoque emtori competit ius protimiſeos. MAD.

636) Re enim tota *caſu* extincta debitor ſpeciei liberatur. Quatenus res culpa ipſius interemta eſt, hoc momentum redit ad ſpeciem culpae praeſtandae. MAD.

637) Quod autem ceſſat, quoniam emtor pendente conditione retrouenditionis reſolutiua non impeditur, quin alienationem ipſius rei emtae ſuſcipere poſſit, quamuis venditor ius de retrouendendo ſemper ſaluum habeat, quia tum pendente conditione reſolutiua ipſe contractus inter emtorem atque tertium reſoluitur ſec. iur. civ. regulam: *reſoluto iure dantis reſoluitur ius accipientis*, & quia conditione reſolutiua exiſtente dominium redit ad venditorem. MAD.

Digitized by Google

5. contra tertium actione inſtituta probes, vel 638)
   a. *verbis directis pactum eſſe conceptum*, vel
   b. *hypothecam eo nomine eſſe conſtitutam*, vel
   c. *quod ſciverit hoc pactum.*

Illudque pariter in reliquis pactis reſolutiuis attendere neceſſe habet actor 639).

§. 32.

Ratione pacti protimiſeos

1. *pactum ipſum* eiusque *conditiones* adiicias,
2. *quod emtor* vel *vendere* vel *in ſolutum dare alii velit* 640),
3. *quod actor idem obtulerit*, vel *adhuc legitime offerat.*

§. 33.

Haec actio vel coram iudice *domicilii*, vel *contractus* inſtitui poteſt, idemque obtinet, ſi ex pacto reſolutiuo ad diſſoluendum quis agat. De foro competente.

§. 34.

638) Sed haec omnia probatione non indigent, quoniam ſuperflua eſſent. Supra enim oſtenſum, etiam conditione reſolutiua verbis ſic dictis obliquis concepta exiſtente, dominium redire ad dominum atque realem actionem ex dominio venditori nunc iterum patere. Reſoluto enim iure dantis reſoluitur et ius accipientis. Nulla autem ratione ex pacto et retrouendendo aduerſus tertium agi poteſt praeter n. b. MAD.

639) Iung. H. G. BAVERI Diſp. *qua actione venditori ex pacto de reuendendo experiundum ſit, & quatenus rei vindicatio obtineat.* HOM.

640) Optime ait *velit.* Nam ſi iam tradiderit, ius hoc protimiſeos tamquam ius perſonale nihil operatur, niſi actionem perſonalem ad intereſſe contra emtorem nunc ſecundum venditorem, ſi ius protimiſeos ſibi competens hypotheca non munitum ſit. MAD.

Digitized by Google

§. 38.

Ratione iuris retrouendendi ſ. reluendi tres caſus diſtinguas:

1. *ſi nullum tempus* iuri reluendi per pactum *praefinitum*, iure ciuili *30. annis praeſcribitur huic iuri* 644), & terminus *a quo* a tempore initi pacti computatur. Iure vero Saxon. nulla temporis praeſcriptio tunc locum inuenit 645), ***P. II. Conſt. El. I.***

2. ſi ita, *vt, quandocunque placuerit venditori, reluere liceat* conuentum ſit, nec iure ciuili, nec Saxon. per *all. ante Conſt.* praeſcribitur iuri reluendi 646).

3. *ſi* vero *certum terminum iuri reluendi pactum definit*, aut

a. *ter-*

644) Sic rectius ſecundum *L. 3. C. de praeſcr. 30. l. 40. ann.* & *L. 1. §. 1. C. de annal. exc.* huius praeſcriptionem defendunt BRONCHORST Ἐναντιοφ. *cent. II. aſſert. 62.* HVBERVS *prael. ad ff. L. XVIII. tit. V. §. 10.* HENR. GODOFR. BAVER diſſ. *ius retroemendi indefinite conceſſum tempore longiſſimo praeſcribi.* Lipſ. 1762. contra WISSENBACHIVM *ad Pand. diſp. XXXV. th. 32.* VOETIVM *ad Pand. L. XVIII. tit. 3. §. 8.* WERNHERVM *Vol. I. P. I. obſ. 313.* qui actionem hanc poſt oblatum demum pretium naſci putant. MAD.

645) Quoniam in Saxonia, licet minus recte, ius ex pacto de retrouendendo pro re merae facultatis reputatur. Interim Ill. AVG. FRID. SCHOTT. diſſ. *de praeſcriptione iuris bona ſub pacto de retrouendendo alienata reluendi ad Conſt. El. 1. P. II.* Lipſ. & poſtea EIVS *opuſc. n. 10.* diſpoſitionem hanc ſolum de eo caſu intelligi vult, ſi clauſula, quandocunque libuerit, expreſſe ſit adiecta. MAD.

646) Conf. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 8. n. 1.* & 2. Add. A. F. SCHOTT. Diſp. *de praeſcriptione iuris bona ſub pacto de retrouendendo alienata reluendi.* HOM.

Digitized by Google

a. *terminus ad quem* definitus eſt, v. c. binnen 6. Jahr, *hoc tempore elapſo* 647) exſtinguitur ius reluendi. Quod ſi vero intra hoc tempus pretium venditor ad reluendum obtulerit, emtor vero moram in reſtituendo nectat, *intra triginta annos*, a tempore oblationis, *venditor agere* adhuc *poteſt* 648).

b. *ſin* autem *terminus a quo* in pacto conſtituatur, *triginta anni* connumerandi ſunt, a tempore *termini a quo* elapſi 649).

§. 39.

Iuri protimiſeos 650) pariter *triginta annis praeſcribitur*, quorum initium a tempore alienationis incipit 651).

§. 40.

Tranſit haec actio *vtrimque* ad heredes, niſi forte vel ad vitam paciſcentium, vel ad certas perſonas reſtrictum pactum intelligas.

§. 41.

647) *Et ab inito pacto computato.* HOM.

648) Quoniam mora perpetuat obligationem, *L. 91. §. 3. & 4. ff. de V. O.* MAD.

649) In Saxon. ſi conuentum nach 6 Jahr venditor habeat reluitionem, haec non praeſcribitur, arg. CONST. EL. I. Part. II. Amittitur vero hoc ius reluendi in Saxon. orto in bonis emtoris concurſu creditorum, niſi venditor & intra ſpatium Saxonicum, a tempore factae ſibi denunciationis, animum reluendi declarauerit, & poſtea intra ſemeſtre ſpatium, pretio ſoluto, ius vere exercuerit. DECIS. REG. *XXVII. de anno 1746.* HOM.

650) Potius actioni, ex iure protimiſeos oriundae ad intereſſe. MAD.

651) Add. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 14. n. 3.* HOM.

Digitized by Google

§. 41.

Exceptiones hae ſunt

1. *alternatiuae obligationis* & ſic *inepti libelli,*
2. *doli, metus, erroris, ſimulationis,*
3. *rei non rite deſcriptae,*
4. *nondum adimpleti contractus* 652),
5. *laeſionis vltra dimidium* 653),
6. *plus petitionis ratione temporis,*
7. *deficientis promiſſionis vſurarum* 654),
8. *retentionis ob imminentem euictionem* 655),

652) De effectu huius exceptionis in proceſſu executiuo in Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. *App.* §. 4. HOM.

653) Sed quum verior ea ſententia ſit, reſciſſionem emtionis venditionis propter laeſionem enormem emtori non, ſed ſoli venditori fundorum concedendum eſſe, etiam huic exceptioni nihil dandum eſt, niſi remedium *L.* 2. *Cod. de reſcind. vendit.* ex conſuetudine emtori etiam detur. Neque, qui id contendunt, tam ad *L.* 2. *C.* eiusque rationem, quam ad praxin prouocare ſolent. Vid. omnino cenſuram diſſ. IO. FRID. KVBSCH *de interpret. & extenſ. L.* 2. *C. de reſc. vend.* ante aliquot annos hoc in loco defenſae, quam legere potes in SCHOTTS Critic. 7. B. S. 557. Illud adhuc monendum, immerito *Kubſchium* negare, regulam iuris anterioris fuiſſe, quod emtio venditio propter laeſionem in pretio reſcindi non potuiſſet. Regula omnino fuit, quum re atque pretio determinato venditio valida fuit, neque vlla actio ad reſcindendum daretur. MAD.

654) Et morae, nec non legis diſpoſitionis ad vſuras praeſtandas. HOM.

655) *L.* 18. §. 1. *ff. de peric. rei vend. L.* 24. *C. de euict.* quibus conſtitutum, vt emtor pretium vel reſiduum pretii ſoluere non teneatur ob imminentem euictionem, niſi a venditore ſatis ei offeratur. Num vſurae ceſſant? Non putemus, quoniam ius retentionis id operari nequit, vt venditor & fructibus rei & pretii carere debeat. Vid. & LEYS. *Sp.* 211. *Med.* 4. de CANNGIES. *Coll. Dec. Tom. II. p.* 306. MAD.

Digitized by Google

9. *pretii iudicialiter depoſiti,*
10. *compenſationis,*
11. *ſolutionis, nouationis,*
12. *rei euictae,*
13. *rei ex praecedente vitio peremtae,*
14. *rei culpa venditoris exſtinctae,*
15. *rei ob vitium latens nullum vſum praeſtantis*, adeoque *redhibendae,*
16. *rei venditae ob vitium minoris pretii habendae,*
17. *impenſarum immodicarum* 656) *voluptuariarum* 657).

Ratione PACTI COMMISSORII.

18. *pacti obliquis verbis concepti* 658),
19. *actionis perſonalis contra tertium poſſeſſorem non competentis.*
20. *renunciationis expreſſae* vel *tacitae,*
21. *temporis ad ſolutionem definiti nondum elapſi,* vel *prolongati a venditore,*
22. *morae purgatae,*
23. *damni culpa non dati,*
24. *partis pretii iam ſoluti* 659).

Ra-

656) I. e. quarum modum exceſſit venditor, atque hinc inde nec neceſſariarum nec vtilium. MAD.

657) Add. *Vtilium contra prohibitionem erogatarum, vſus rei venditae poſt perfectum contractum gratis percepti.* HOM.

658) Sed haec vti & 22. exceptio ceſſat ſecundum dicta ad §. 21. 31. & 36. MAD.

659) Ad eum effectum, vt venditor partem pretii receptam emtori, qui nunc ad reſtituendam obligatus eſt, reſtituat, quia emtor ratione pretii conſequendi, quod iam ſoluit, per modum reconuentionis actione emt

Ratione PACTI ADDICTIONIS IN DIEM.

Exceptiones 18. 19. 20. 23. etiam in hoc pacto adplicari poſſunt,

25. *melioris conditionis haud oblatae,*

26. *ſimulationis, doli, colluſionis,*

27. *acceptationis non ſecutae,*

28. *reliqui venditores non conſenſerunt* 660),

29. *denunciationis haud factae* 661),

30. *oblati ſupplementi.*

Ratione PACTI DE RETROVENDENDO.

31. ***pacti ſua natura reſolutiui ex nunc*** 662),

32. ***reluitionis voluntate emtoris tantum in pacto permiſſae*** 663),

33. ***pacti ad paciſcentes reſtricti*** 664),

34. ***termini a quo nondum elapſi,***

35. ***termini ad quem iam elapſi,*** adeoque ***exſtincti iuris reluendi,***

emti agere poteſt, quum reſolutio ex parte venditoris etiam reſolutionem eiusdem ratione emtoris efficiat. MAD.

660) Si a pluribus rem venditam communem habentibus venditio celebrata eſt, quoniam tunc in pacto addictionis in diem conſenſus omnium in meliorem a tertio oblatam conditionem requiritur. MAD.

661) Quamuis denunciatio acceptatae melioris conditionis non requiratur ad exiſtentiam conditionis reſolutiuae, ſed hanc ſola acceptatio producat, tamen haec denunciatio requiritur ex LL. diſpoſitione, vt emtor declaret, an easdem conditiones praeſtare velit nec ne, propter ius protimiſeos illi competens. MAD.

662) Nempe ratione fructuum ad interim perceptorum. MAD.

663) Potius: *pacti de retroemendo adiecti*, adeoque *pacti in fauorem emtoris tantum concepti.* MAD.

664) Nempe in eo caſu, ſi heredes venditoris ex pacto de retrouendendo actione venditi agere volunt. MAD.

36. *pretii nondum oblati,*
37. *meliorationum nondum praeſtitarum,*
38. *remiſſi iuris reluendi,*
39. *rei cum conſenſu venditoris venditae & traditae*, adeoque *tacitae renunciationis factae* 665),
40. *rei caſu peremtae.*

Ratione PACTI PROTIMISEOS.

41. *alienationis a iure protimiſeos alienae* 666),
42. *oblationis nondum factae* 667),

Libellus.

Klaget, was maßen Beklagter von ihm den 1. Sept. 1744. ſein in der Petersſtraſſe zwiſchen Caii und Sempronii Häuſern gelegenes Haus vor 10000 Thlr. in Louis blanc erkaufet, und ſolches Kaufgeld in 2 Terminen, nemlich Oſtern 1745. und Mich. eiusd. anni jedesmal die Hälfte an 5000 Thlr. nebſt den landüblichen Intereſſen zu bezahlen verſprochen; Wann

665) Sed inde ſtatim illa tacita renunciatio nondum apparet, quia reſpiciendum eſt ad tempus retrouenditionis determinatum, idque vel tamquam terminus ad quem, vel tamquam terminus a quo determinatur. In caſu priori conſenſus venditoris ſimul tacitam renunciationem iuris ſui ex pacto de retrouendendo quaeſiti inuoluit, non vero in caſu poſteriori in venditione, ab emtore ante exiſtentem terminum a quo celebrata, quia ante exiſtentiam termini a quo venditor nondum vllum ius habebat retroemendi, adeoque ex facto eius tacito, eiusd. renunciatio colligi nequit. MAD.

666) Scilicet eiusmodi alienationis, vbi eaedem conditiones ratione venditoris ceſſant, v. c. in donatione, permutatione etc. MAD.

667) Adde

43. *temporis ad ius protimiſeos exercendum iam elapſi,*
44. *renunciationis,*
45. *reſignationis iudicialis iam factae.* HOM.

Digitized by Google

Wann dann Kläger dieſes Haus Beklagten bereits den 15. Sept. 1744. in Lehn und Würden reichen laſſen 668), von Beklagten aber die Bezahlung des Kaufgeldes nebſt denen Intereſſen nicht in Güte erlangen können; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die *libellirten* Kaufgelder an 10000 Thlr. nebſt denen von Zeit des geſchloſſenen Kaufes aufgelaufenen Intereſſen, auch denen verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Libellus actionis venditi ex pacto commiſſorio.

Stellet klagend vor, welchergeſtalt er Beklagten ſeinen vor dem Schloßthore alhier gelegenen Weinberg um und für 2000 Thlr. ganzer Kaufſummen dergeſtalt verkaufet und gerichtlich übergeben, daß dafern Beklagter nicht Oſtern 1745. die Kaufſumme gänzlich bezahlen würde, ſothaner Kauf-Contract für null und nichtig geachtet, und Klägern das Eigenthum an dieſem verkauften Weinberge ipſo iure hinwieder zuſtehen ſollte. Nachdem nun Beklagter dieſen terminum ſolutionis, ohne das Kaufgeld zu entrichten vorbeyſtreichen laſſen, mithin der Kauf-Contract ipſo iure erloſchen iſt, ſo verweigert ſich dennoch Beklagter gedachten Weinbeeg nebſt den erhobenen Nutzungen Klägern zu übergeben; Dahero Kläger zu klagen ſich genöthiget ſiehet ꝛc.

Daß Beklagter den *libellirten* Weinberg, nebſt denen erhobenen Nutzungen, Klägern vermittelſt richtiger Rechnung zu übergeben, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

668) Quod nihil aliud denotat, quam quod traditio facta ſit. MAD.

Libellus act. venditi ex pact. addictionis in diem.

Klaget, welchergeſtalt er Beklagten ſeinen vor dem Petersthore in der Windmühlen-Gaſſe zwiſchen N. und N. gelegenen Garten vor 3000 Thlr. verkauft und übergeben, doch mit dieſer Bedingung, daß wenn jemand binnen einem Vierteljahre, von Zeit der Uebergabe an gerechnet, mehr davor geben wollte, dieſer unter Kläger und Beklagten geſchloſſene Contract null und nichtig ſeyn ſollte; Wann dann Klägern vor 6 Wochen Sempronius 3500 Thlr. vor obgedachten Garten geboten, und Kläger demſelben, dafern Beklagter die 500. Thlr. dem Kaufgelde nicht zuſetzen wollte, den Garten käuflich zu überlaſſen verſprochen, Beklagter aber, da ihm von Klägern disfals Eröfnung geſchehen, ſich ausdrücklich, daß er nicht mehr geben wolle, erkläret, gleichwol den Garten nebſt denen erhobenen Nutzungen, ohnerachtet ihm Kläger das Kaufgeld nebſt denen Intereſſen offeriret, zu übergeben ſich verweigert; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter den *libellirten* Garten nebſt denen erhobenen Nutzungen vermittelſt richtiger Rechnung gegen Empfang des Kaufgeldes und Intereſſen Klägern hinwieder zu *extradi*ren, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Libellus act. venditi ex pacto de retrouendendo.

Bringet klagend an, welchergeſtalt er Beklagten den 3. Sept. 1745. ſein in dem Hälliſchen Gäßgen zwiſchen N. und N. gelegenes Haus vor 5000. Thlr. mit Vorbehalt des Wiederkaufs dergeſtalt verkaufet, daß, dafern Kläger, als Verkäufer, binnen 6. Jahren durch Bezahlung gedachter Kaufſumme das

das Haus wieder einlöſen werde, der getroffene Kauf *ipſo iure* null und nichtig geachtet werden, und Verkäufern das Eigenthum hinwieder daran zuſtehen ſolle; Wann dann Kläger ſchon vor einem halben Jahre Beklagten das Kaufgeld, nebſt denen landüblichen Intereſſen baar offeriret, Beklagter aber gegen Empfang deſſelben das libellirte Haus nebſt denen erhobenen Nutzungen Klägern abzutreten ſich verweigert; Als ꝛc.

Daß Beklagter gegen Empfang der Kaufſumme an 5000. Thlr. und Intereſſen Klägern das *libellirte* Haus *cum fructibus perceptis & percipiendis*, vermittelſt richtiger Rechnung abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Ex iure protimiſeos.

Kläger klaget, welchergeſtalt er Beklagten ſein in der Kornſtraße zwiſchen N. und N. gelegenes Haus vor 300. Thlr. verkauft auch gerichtlich übergeben, darneben ſich aber bey künftiger Veräuſſerung das Vorkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten; Wann aber Beklagter dem ohngeachtet dieſes an denſelben verkaufte Haus Sempronio, ohne Klägern das Vorzugsrecht zu geſtatten, vor 400. Thlr. zu verkaufen, und zu übergeben willens iſt; Als ſiehet ſich Kläger dieſerhalb Klage zu erheben genöthiget ꝛc.

Daß Klägern das Vorkaufsrecht an dem *libellirten* Hauſe zuſtändig, Beklagter dannenhero Klägern daſſelbe gegen Erlegung derer 400 Thlr. käuflich zu überlaſſen, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

§. 42.

Quando ad impugnandam emtionem agi poſſit.

Antequam ad alium contractum transeo, de actionibus *ad impugnandam emtionem* tendentibus agendum eſt. Contingit autem hoc

1. *ob dolum,*
2. *metum,*
3. *errorem,*
4. *vitium rei venditae,*
5. *laeſionem vltra dimidium,*
6. *ob pactum, ſi diſplicuerit,*
7. *ob reſtitutionem in integrum.*

§. 43.

Ob dolum §. 43-44.

Ob dolum cauſam dantem 669) *contractui, contractus nullus eſt*, adeoque, *ſi decipiens contra deceptum agat*, exceptione doli repellitur, vel, *ſi deceptus ad repetendum*, quod ex ſua parte iam dedit, *experiri velit*, datur *actio emti* vel *venditi* 670) vid. *L. 13.*

669) Negant hanc diſtinctionem NOODT in Tract. *de forma emend. dol. mal. cap. 3. & 7 ſeq.* & BVRCH. CHRIST. de BEHR diſſ. *actionem de dolo malo malitiarum Romae eucrriculum ſupellectilem noſtro foro minus neceſſariam.* Goett. 1738. Sed vid. Viri poſt facta quoque celeberrimi IO. HARTW. REVTER. diſſ. *de doli incidentis & cauſam dantis in contractibus effectu.* (Hal. 1744.) §. 17. IAC. LVDOVICI diſp. *de dominio ex contractu doloſo non translato.* §. 15. 16. 17. EIVSD. *Vſ. pract. diſt. Lib. 4. Tit. 3. §. 6.* Dicatur de falſa definitione ſic dicta philoſophica dolum c. d. in eſſentialibus, dolum autem incidentem verſari in accidentalibus, vt & omnem laeſionem ex dolo reſciſſionem operari. MAD.

670) Quae quidem actio ita nominatur, ſed re vera eſt ſpecies querelae nullitatis, quoniam proprie actio ex contractu oriunda tantum ad praeſtationes, aut ex contractu principali aut ex pactis adiectis venientes, directa eſt, hic autem praeſtatio ſiue reparatio doli, nec

ex

Digitized by Google

L. 13. §. 3. & 6. ff. de act. emt. Poteſt tamen deceptus 671) *actione vtili* ex hoc contractu agere ad intereſſe praeſtandum 672), *L. 13. pr. & §. 5. ff. cit.*

§. 44.

Ob dolum incidentem, *actio* vel *venditi* vel *emti* ad intereſſe datur, *all. L. ſ. 4. & 5.* 673).

§. 45.

Ob metum, vel *exceptione*, vel *actione quod metus cauſa* ſibi conſulet, de qua actione deinceps ſub actionibus in rem ſcriptis latius diſſeram. Ob metum.

§. 46.

Error quoque huic contractui obeſt, & datur eo nomine *actio emti*, vel *venditi*, *L. 11. §. 5. ff. de act. emt.* 674) Ob errorem §. 46-49.

§. 47.

Si error *ſubſtantialis* ſit circa id admiſſus, quod partes

ex contractu, nec ex pacto adiecto deſcendit. Interim idem fundamentum in hoc caſu actionis emti vel venditi eſt, ac ſi ipſa nominaretur querela nullitatis, ſed in LL. ipſis haec querela nullitatis ſemper vocatur actio emti vel venditi. MAD.

671) Actione emti vel venditi etiam agere poteſt, quia in decepti arbitrio eſt, vtrum a contractu recedere, atque ad rem datam repetendam, an vero alterum ad praeſtationem doli damnique inde venientis conuenire velit. MAD.

672) Ob blanditias & perſuaſiones in contractu adhibitas agi nequit. LEYSER. *ad Pand. Spec. 188. Med. 2.* HOM.

673) Actio vero de dolo malo in hoc contractu b. f. ceſſat, *L. 1. §. 4. ff. de dol. mal.* HOM.

674) Ob errorem vero in nomine commiſſum agi nequit, *L. 9. §. 1. ff. de contrah. emt.* HOM.

Digitized by Google

partes principaliter reſpexerunt, ad annullandum contractum actio competit 675), vid. Lex all. 676).

§. 48.

Sin vero *accidentalis* ſit error in eo admiſſus, quod partes minus principaliter reſpexerunt 677), vel actio emti 678) ad intereſſe, vel quanti minoris actio aedilitia inſtitui poteſt. Leg. all. §. 3.

§. 49.

In his actionibus negotium curate exponendum eſt, vt declaratio mentis contrahentium adpareat, an ſubſtantialis, aut accidentalis error ſit. Error quoque probandus venit 679).

§. 50.

Ob vitium rei venditæ. §. 50-58.

Ob *vitium rei venditae*, 680), vel *actio redhibitoria* vel *quanti minoris* conſulit 681). Sed & actione emti experiri poſſe emtorem, confirmat *L. 11. §. 3. ff. de act. emti* 682).

§. 51.

675) Huc pertinet error circa ipſum contractum, rem emtam, pretium, niſi venditor minus intelligat, materiae maiorem partem, ſexum rei venditae. HOM.

676) Vid. quoque BERGER, *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 17.* HOM.

677) V. c. ſi in minori parte materiae erratum, aut circa acceſſoria, *L. 14. & L. 43. ff. de contrah. emt.* HOM.

678) Ad reparationem laeſionis per errorem ſine errantis culpa obuenientis. MAD.

679) Sine dubio. Nam errans aliter cogitaſſe quam declarauerit contendit, & cauſam adfuiſſe, quare aliter cogitauerit. MAD.

680) Adde, *latens.* HOM.

681) Nec intereſt, an res ſit mobilis, an immobilis, v. g. cum fundus eſt peſtilens, aut ſeruitute oneratus, *L. 49. & L. 61. ff. de aedil. edict.* HOM.

682) Vbi: *Redhibitionem quoque contineri emti iudicio & Labeo & Sabinus & nos putamus*, inquit VLP. Attamen intuitu praeſcriptionis actio emti, quatenus comprehendat redhibitoriam aut quanti minoris, ex hiſce ſolis aeſti-

Digitized by Google

§. 51.

ACTIO REDHIBITORIA eſt *actio aedilitia*, *perſonalis*, *quae emtori* & eius heredibus *datur*, *aduerſus venditorem*, *vt rem venditam*, *ob vitium*, vel *nullam vtilitatem*, vel *non eam*, *quam emtor principaliter in contractu intendit*, *praeſtantem*, *recipiat*, *pretiumque reſtituat* 683).

§. 52.

Tendit

1. *ad rem venditam recipiendam* 684),
2. *ad reſtituendum pretium*,
3. *ad intereſſe* 685), ſi ſciuerit venditor vitium, *L. 13. ff. de act. emti.*
4. *ſi reus* 686) *contumax eſt in pretio reſtituendo*, *duplum ab eo peti poteſt. L. 45. ff. de aedil. edict.* 687)

§. 53.

aeſtimanda eſt, vid. §. 58. not. 699. Ob quae autem vitia redhibitio negatur, ex emto datur actio, *L. 4. ff. de ad. edict.* MAD.

683) Quae actio & in permutatione, non vero locatione & donatione datur. HEINECC. *in Pand. Part. IV. §. 66.* HOM.

684) Cum fructibus & omni cauſa, *L. 29. §. 2. L. 31. §. 2. ff. eod.* HOM.

685) Vſuras & expenſas in rem erogatas. HOM.

686) Quod tamen hodie ceſſat, & tantum apud Rom. propter formam iudiciorum obtinebat, quum haec rei contumacia inde contraheretur, quod ad arbitrium iudicis reus ad pretium reſtituendum condemnatur, intra tempus definitum pretium non reſtitueret. MAD.

687) Add. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. tit. VIII. th. 7. n. 3.* HOM.

Digitized by Google

§. 53.

Requiſita ſunt

1. *vitium in re vendita*, ratione corporis, non animi 688),
2. *vitium, quod* vel *omnem vſum*, vel *in contractu principaliter expreſſum, impedit*,
3. *vitium latens*,
4. *vt hoc vitium tempore venditionis iam exſtiterit*, quod probandum, niſi intra triduum ſe prodat 689),
5. *quod venditor ſciuerit vitium*, ſi ſcilicet ad intereſſe agitur.

§. 54.

Praxis Saxonica ſecundum CARPZ. *P. II. C. El. 94. d. 17.* quoad equos, quatuor tantum vitia admittit; ſi

1. retrogradus (ſtetig),
2. caecus (ſtaarblind),
3. ſcabioſus (haarſchlechtig) 690),
4. pituitoſus (rotzig) ſit 691). Nec tamen conſtans haec ſententia in foro eſt 692).

§. 55.

688) Quoniam tunc *actione vtili de ſeruo corrupto* agendum. MAD.

Niſi hoc in ſeruis ex corporis vitio proueniat. Alias *actioni quanti minoris* locus eſt. In iumentis vero venditis etiam animi vitium redhibitioni locum faciet. *L. 43. pr. ff. eod.* STRYCK. *de act. Sect. I. M. 6. §. 10.* HOM.

689) Vid. WERNHER. *Part. X. Obſ. 339.* HOM.

690) Rectius in melioris notae Codicibus IVRIS SAX. WEICHBILD. *Art. 97.* legitur: aſthmaticus, hartſchlechtig. HOM.

691) Quod vltimum vitium GLOSS. ad cit. IVS WEICHBILD. addit, & in Dicaſteriis Ienenſibus attenditur. BERGER. *in Oec. Iur. l. c. th. 6. n. 1.* HOM.

692) Scilicet ratione vltimi vitii. Interim non dubitandum

Digitized by Google

§. 55.

Durat per ſex menſes, *continuos* ratione initii, *vtiles* ratione curſus 693), *L. 9. §. f. ff. de aedil. edict.* niſi vitium valde occultum ſit, *L. 55. ff. eod.* 694)

§. 56.

ACTIO QVANTI MINORIS 695) eſt *aedilitia perſonalis & datur emtori aduerſus venditorem, vt tantum de pretio reſtituatur, quanti minoris res, cognito vitio, aeſtimanda venit.*

§. 57.

Fundamenta conſiſtunt

1. *in vitio, quod rem deteriorem reddit.*
2. *quod hoc vitium tempore venditionis exſtiterit.* 696).

§. 58.

dum, quia & ob alia vitia latentia, v. c. ſi equus eſt lunaticus, kollernd, pauidus, calcitroſus, agere liceat, ſi venditor aut in dolo verſetur, aut equum ſine omni vitio eſſe dixerit. Add. I. L. GVTBIR. diſſ. *de tribus vitiis equorum capitalibus Saxon.* & G. MASCOV. progr. *de redhibitione equorum.*

An, cum porcus grandinoſus (finnicht) venditur, actioni redhibitoriae locus ſit, disquirit BERGER. *in Oec. Iur. l. c. th. 6. n. 2.* HOM.

693) Sed in Germ. ita aeſtimatur, vt tam ratione initii quam curſus ſit continuum. Initium ſtatim ex die venditionis incipit, aut ſi quid dictum promiſſumue eſt, ex eo, ex quo dictum promiſſumue eſt, *L. 19. §. f. cit.* MÁD.

694) Si propter ornamenta non tradita, vel cautionem denegatam agitur, actio ſex menſibus praeſcribitur, *L. 28. & 38. ff. eod.* Actio redhibitoria, cum contractum reſcindat, in foro contractus inſtitui nequit. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap.* 8. §. 77. HOM.

695) Siue AESTIMATORIA. HOM.

696) Adde:
3. *quod vitium latens fuit.* MAD.

§. 58.

Per annum *vtilem* ratione *curſus & initii* 697) durat. *L. 19. §. f. ff. eod.* 698). Concurrit autem electiue cum actione emti, quam tamen, ſi ratione vitii inſtituatur, anno exſpirare, inconuenienter adſeritur 699).

§. 59.

Ob laeſionem vltra dimidium §. 59. 67

Ob laeſionem vltra dimidium competit REMEDIVM EX LEG. 2. *C. de reſcind. vend.* 700)

§. 60.

697) A tempore perfectae emtionis venditionis computandi. MAD.

698) Redhibitoria per praeſcriptionem extincta, aeſtimatoriae intra annum locus datur, *L. 48. §. 2. ff. eod.* BERGER. *in Oecon. Iur. l. c. th. 7. n. 7.* HOM.

699) STRYCK. *de Act. Sect. I. M. 6. §. 16.* BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 8. §. 77.* Complures DD. tamen diſſentiunt, eamque naturam aedilitiarum actionum induere ob *L. 2. C. de aedil. act.* ſtatuunt. Huc pertinet BERGER. *in Oec. Iur. l. c.* & WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 475.* HOM.

AVCTORIS caeterorumque hanc ſententiam amplectentium DD. opinio ideo falſa eſt, quoniam actio quanti minoris inde plane ex numero actionum exſtirparetur, quia ſi emtori liceret per tempus ordinarium actione emti, propter vitium rei emti contra venditorem agere, nulla ſane obligatione teneri poſſet ad actionem intra annum vtilem propter vitium inde latens inſtituendam, ſed per triginta annos eadem ex cauſa, qua ex actione quanti minoris agendum eſſet, aduerſus venditorem agere poſſet, quod manifeſte tam indoli ipſius rei, quam iuris ciuilis principiis repugnat, indeque victor ſola actionum denominatione deceptus videtur. MAD.

700) Venditor & emtor vltra dimidium eſt laeſus, ſi ille *duplo plus re*, hic *duplo plus pretio* dedit. Si pretium eſt legale, aut dolus adhibitus, aut contrahens beneficio reſtitutionis in integrum gaudet, contra laedentem agere licet & ob laeſionem non enormem. I. C. SCHACHER. progr. *vtrum in contrahendo vel negotiando aliquem circa pretium infra dimidium ſalua conſcientia laedere liceat?* C. L. CRELL. diſſ. *de pretio legali.* LEYSER. *ad Pand. Spec. 205. Med. 1.* HOM.

Digitized by Google

§. 60.

Hoc remedium eſt *actio ciuilis, perſonalis, rei perſecutoria, quae datur* 701) *laeſo vltra dimidium* 702) *aduerſus laedentem*, *vt* aut *laeſio corrigatur*, aut *emtio reſcindatur*.

§. 61.

Vtiliter etiam ad alios contractus oneroſos adplicatur 703).

§. 62.

Petitum *alternatiue* 704) eſt concipiendum, *vt vel corrigatur laeſio* 705), vel *ab emtione diſcedatur*. Vltimum ſi elegerit emtor, contractus reſoluitur *ex nunc*

701) Solum *venditori*. Regula enim omnino fuit, quod emtio venditio propter laeſionem in pretio non reſcinderetur, adeoque *L.* 2. *C. cit.* exceptionem & reſcriptum ad ſingularem caſum emiſſum continet, quodque ideo vltra caſum exceptum extendendum non eſt. Prouocant potius defenſores ad praxin ex aequitate praetenſa enatam, de qua nobis citra praeiudicia non conſtat (vid. §. 41. not. 667). MAD.

702) *Eiusque heredibus*. HOM.

703) V. c. ad permutationem, dationem in ſolutum, hereditatis diuiſionem, locationem, transactionem, adplicatur CONST. SAX. EL. 33. *Part.* 2. HOM.

704) Quod ſi quid ego video, manifeſte *L.* 2. *C.* probatur, quum IMPP. humanum eſſe dicant, vt vel venditor fundum recipiat, vel, ſi emtor elegerit, quod deeſt iuſto pretio recipiat, add. *c.* 3. & *6. X. de emt.* Contrarium tamen defendit Cel. ALB. PHIL. FRICK. diſſ. *de libello actionis ob laeſionem enormem inſtituendae non diſiunctiue concipiendo.* Helmſt. 1774. ſed vide cenſuram in Schott. Crit. 6. B. S. 658. MAD.

705) I. e. aut ſuppleat emtor, quod iuſto pretio deeſt, aut venditor exceſſum in pretio reſtituat. HOM.

Digitized by Google

nunc 706). *An gabella, laudemium repeti poſſint?* quaeritur 707).

§. 63.

Si res emta perierit, quaeritur, *an remedium competat?* Diſtinguendum,

1. *ſi venditor laeſus eſt*, & periit apud emtorem, *tunc obtinebit*, *ſi dolo*, vel *culpa eius res interierit*, non ſi caſu fortuito 708).
2. *ſi emtor laeſus eſt, indiſtincte venditor obligatus eſt*, quia hic adhuc locupletior exiſtit. Diſſentit in hoc caſu B. Auus LÜDER. MENCKEN. *in Tract. ſynopt. Pand. h. t.* §. 5.

§. 46.

706) I. e. ſine fructibus perceptis & vſuris. LEYSER. *ad Pand. Spec* 205. *Med.* 9. HOM.

707) Quam quaeſtionem negatiue, ſiue a domino petatur, ſiue ab ipſo repetatur, ideo decidere debemus, quia tantum prior contractus reſoluitur, non vero nouus contractus celebratur. Ideoque ſententia eorum, qui nouum laudemium a venditore ſoluendum dominis tribuunt, manifeſte eſt falſa, ſed is etiam, qui laudemium ſemel accepit, illud quatenus iam accepit, nunquam reſtituit, quoniam hoc remedium iura inter emtorem atque venditorem ſolum concernit, atque adeo intuitu tertii, laudemium accipientis, effectum habere nequit. Sub gabella atque laudemio illud h. l. ſubintelligitur, quod fiſcus ſuperioris, aut magiſtratus pro exitu ex iurisdictione aut domino emphytheuſeos pro conſenſu in alienationem datur. MAD.
Confer. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th.* 18. *n.* 1. & *n.* 10. HOM.

708) Quia hoc caſu emtor non manet locupletior. HOM.
Quae quidem communis eſt ſententia a BOEHMERO *Iur. Dig. h. t.* LVDOVICI, COCCEII diſſ. *de electione rei conu. ex laeſ. enormi. Sect. II.* §. 8. & in diſſ. *de remed. L.* 2. *C. th.* 13. & FRICKIO *cit. diſſ.* defenſa, quorum rationes eo redeunt, quod actioni noxali aequiparanda ſit, & quod non locupletior ſit. Alii autem eidem opponunt, quod emtor caſum ferre teneatur, quod in alternatiua obligatione peremto vno, reliquum praeſtandum ſit, *L.* 2. §. 3. *ff. de eo, quod certo loco.* MAD.

Digitized by Google

§. 64.

Fundamenta ſunt:

1. *laeſio vltra dimidium.* Spectatur autem commune pretium, aeſtimandum a peritis, temporis & loci ratione habita 709),
2. *laeſio cum iniuſtitia* 710) *coniuncta.* Sciens iuſte laeditur, *L. 53. ff. de R. I.*
3. *vt dolus abſit* 711).

§. 65.

In foro domicilii, non contractus, inſtitui debet, cum tendat ad reſcindendum contractum.

§. 66.

Triginta annis exſpirat, computandis a tempore contractus 712).

§. 67.

Exceptiones ſunt

1. *rei ob raritatem communi pretio non aeſtimandae* 713),
2. *laeſio tempore contractus non exſtitit,*
3. *laeſionis infra dimidium,*
4. *ſciuiſti verum pretium,*

709) In immobilibus ad locum rei ſitae, in mobilibus ad locum contractus ſpectamus. Theſaurus ab emtore inuentus in computationem laeſionis enormis non venit. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 18. n. 3.* HOM.

710) Potius *ignorantia* — i. e. ſciens hoc remedio non vtitur, quoniam tacite iuri ſuo ex laeſione enormi renunciauit. MAD.

711) De vſu *remedii L. 2. C. de reſc. emt. vend.* in foro non ſublato conf. C. G. HOMMEL. ad *Struckii Act. For. Sect. I. M. VI. §. 29. lit. r.* HOM.

712) Perfecti. His annis in Saxon. El. adduntur I. annus VI. ſeptim. III. dies. HOM.

713) Sed quum ſec. veram theoriam in ſola venditione fundorum, ſiue rerum immobilium remedium hoc locum habeat, in fundis autem raritas non facile poni poſſit, huic exceptioni quoque in pauciſſimis tantum caſibus locus eſſe poteſt. MAD.

Digitized by Google

5. *donationis*,
6. *contractus iuramento confirmati* 714),
7. *aleae emtae* 715),
8. *alienationis pro hoc pretio ob vltimam voluntatem factae* 716),
9. *rei ſine dolo*, *aut culpa perentae*,
10. *renunciationis* 717),
11. *praeſcriptionis* 718).

SECT.

714) Ceſſat, & *Auth. ſacram. puber.* nihil obſtat, ED. CALDERA *de errorib. Pragmat.* (Madriti 1612.) *Lib. 1. c. 10.* MAD.

In Saxon. vid. CONST. EL. 35. *Part.* 2. HOM.

715) Quia in his non eſt verum pretium. MAD.

716) Si nempe heres inſtitutus, propter vltimam voluntatem, pro certo iniuncto pretio vendere debet, quoniam legata pro legatario fauorabiliter explicanda ſunt, atque adeo teſtatorem ad verum pretium non reſpexiſſe. MAD.

717) Laeſionis enormis & enormiſſimae. WERNHER. *Part.* III. *Obſ.* 131. HOM.

718) His addatur:

12. *rei ſub haſta publica venditae.* In Saxon. vid. DECIS. REG. *XIX. de an.* 1746.
13. *venditae Geradae & Heergewettae.* DECIS. SAX. REG. *XVIII. de anno* 1746.
14. *alimentationis venditori ad dies vitae promiſſae.* HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 114.

Hoc loco ſequentia inſerere non erit inutile:

PACTVM DISPLICENTIAE (der Reu-Kauf) eſt, *quo conuentum, vt contrahentibus, poena conuentionali ſoluta, a contractu perfecto recedere liceat.* Vid. *L. 6. ff. de reſcind. vend* & *L. 31. ſ. 22. ff. de aedil. edict.* In Saxon. El. contrahenti poenitere hoc caſu licet, donec contractui, ne ex parte quidem ſatisfactum. Conf. DECIS. REG. *XVI. de an.* 1746.

RESTITVTIO IN INTEGRVM conceditur pupillis, minoribus, eccleſiis, piis cauſis, reipublicae, ciuitatibus, collegiis licitis, intra quadriennium a tempore maiorennitatis, vel celebrati contractus, vel cognitae laeſionis. LEYSER *ad Pand. Spec.* 61. HOM.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM VII.

DE LOCATI CONDVCTI ACTIONE.

§. 1.

Locatio conductio eſt contractus conſenſualis, de vſu rei, vel opera pro certa mercede praeſtanda 719). Exinde oritur *actio locati* & *conducti*. De act. locati indole §. 1-4.

§. 2.

ACTIO LOCATI eſt *ciuilis*, *perſonalis*, *b. f. rei perſecutoria*, *quae datur locatori*, aut eius heredibus, *aduerſus conductorem*, aut eius heredes, *ad mercedem ſoluendam & reliqua*, vel *ex natura contractus*, vel *pacto adiecto dimanantia*, *praeſtanda*.

§. 3.

Succeſſori ſingulari 720) actio, quia perſonalis eſt, non competit, niſi ex iure ceſſo agat.

§. 4.

Tendit

1. *ad mercedem ſoluendam* 721),
2. *ad rationes reddendas de fructibus*, *ſi loco mercedis partem* 722) *fructuum dare debet* 723),

3. *ad*

719) Diuiditur in locationem RERVM ſc. non fungibilium, alias in creditum itur, *L. 31. ff. locati*, & OPERARVM ſc. illiberalium, alias initur contractus innominatus facio vt des. HOM.

720) V. gr. emtori, legatario, donatario. HOM.

721) Quae regulariter conſiſtat in parata pecunia. De mercede famulitii in Saxon. El. vid. Neue erläuterte und verbeſſerte Geſinde-Ordnung, *de an. 1769.* HOM.

722) Intell. *quotam.* HOM.

723) Qui finis in actione locati non adeſt, quia in hoc caſu eſt ſocietas coloniaria ſeu partiaria, adeoque potius

Digitized by Google

3. *ad rem locatam finita locatione reſtituendam,*
4. *ad rem locatam ante finitum tempus reſtituendum* 724), quoties leges locatorem a vinculo obligationis ob iuſtam cauſam liberant,
5. *ad damna lata aut aut leui culpa data reſarcienda.* Aliquando de culpa leuiſſima 725) quoque tenetur.
6. *ad vſuras* 726) vel *promiſſas* vel *ex tempore morae praeſtandas.*

§. 5.

De eius fundam. §. 5-11.

Fundamenta ſunt

1. *eſſentialia contractus*, ſcil. *conſenſus*,
   a. *de vſu rei concedendo*, vel *opera praeſtanda,*
   b. *in certam mercedem.*

§. 6.

2. *Quod dies venerit ſoluendae mercedis.* Quo nomine primario ad pactum, vel legem aut conſuetudinem reſpicias: ſi non conſtat exinde, tunc in *locatione rerum*, vel poſt finitum vſum, vel tempus, ad quod partes in determinatione quantitatis mercedis reſpexerunt, peti poteſt merces, in *locatio-*

tius actio pro ſocio, quam actio locati inſtituenda eſt. *Auctor* eos ſecutus eſt, qui ſecundum *L. 21. C. de loc. cond.* mercedem in aliis etiam rebus conſiſtere poſſe putant, vt CVIAC. ad *L. 35. §. 1. ff. loc.* BRONCHORST. *'Evavτ. Cent. II. aſſ. 66.* WISSENB. ad *L. 21. C. cit.* MAD.

724) V. c. ob improuiſam neceſſitatem. MAD.

725) Et caſu fortuito. HOM.

726) Add. *mercedis*. HOM.

locatione operarum 727) poſt operas praeſtitas mercedem iure poſcit.

§. 7.

3. **Requiritur, *vt actor ex ſua parte adimpleuerit contractum*, vel *adimplere facto conductoris impeditus ſit.***

§. 8.

4. **Requiritur, *vt finita ſit locatio*, ſi ſcilicet ad reſtituendam rem agatur.**

§. 9.

5. ***Si res locata ante abſolutum locationis tempus repetitur*, *iuſtam actor allegare debet cauſam in legibus adprobatam*, vt puta**
   a. ***ob neceſſitatem improuiſam*, *L. 3. C. eod.***
   b. ***ob abuſum*** 728), **ead. leg.**
   c. ***ob moram in non ſoluta mercede*, *L. 56. ff. eod*** 729).
   d. ***ob pactum commiſſorium adiectum*,**

727) In locatione operis quidem perfecto demum opere, in locatione operarum autem reſpiciendum ad partes, in quas opus atque operae diuiſae ſunt, v. c. in dies, in hebdomadas. MAD.

728) Tam *phyſicum*, quam *moralem*. HOM.

729) Adde *L. 54. §. 1. ff. eodem.* Sed non in omni caſu, quia tantum iure ciuili in praediis locatis conſtitutum eſt, vt ſi intra biennium merces promiſſa, ſingulis annis ſoluenda, non ſoluta fuerit, ad tollendum contractum agere poſſit locator, in ceteris vero omnibus caſibus, ob ſolam moram in non ſoluenda mercede commiſſam, locator ante tempus elapſum rem locatam a conductore repetere nequit, quamuis ad mercedem ſoluendam agere poſſit. Admodum vacillat argumentum a contrario ſenſu *L. 3. C.* formatum a BRONCHORST. *miſcell. contr. cent. 1. aſſ. 73.* qui ſi penſio vnius anni non ſoluatur, conductorem ex domo conducta expelli poſſe defendere vult. MAD.

Digitized by Google

e. *ob refectionem neceſſariam*, ob quam conductor inhabitare tempore refectionis nequit, *L. 3. C. eod.* 730)

§. 10.

6. Quoad reparationem damnorum probanda eſt

a. *exiſtentia damni*,

b *quod culpa lata* aut *leui* 731) *datum*, *§. penult. I. de locat. cond.*

c. *quantitas damni.*

§. 11.

Except. oppon. 7. *De caſu fortuito* quoque *haud obſtringitur conductor*, niſi vel mora, vel pactum probetur 732).

§. 12.

Exceptiones nota

1. *nondum adimpleti contractus* 733),

2. *tecum non contraxi* 734),

3. *plus petitionis ratione temporis*,

4. com-

730) Vid. Dn. AVCT. diſſ. *de iure expellendi colonum propter ſuperuenientem neceſſitatem*, Helmſt. 1751. & in *opuſc. n. XV.* MAD.

731) Interdum *leuiſſima.* HOM.

732) Caſum fortuitum non fert conductor intuitu rei locatae, niſi illum ſuſceperit ſpeciali pacto, & in eo etiam caſu, ſi moram commiſit, illum haud praeſtat, ſi caſus apud ipſum locatorem exſtiturus fuiſſet, ſi iuſto tempore rem reſtituiſſet conductor, vt ſaepius adnotauimus. Lege ſis ea, quae de diſſenſu ſectarum in hoc capite bene dixit BRONCHORST. Ἐναντιοφ. *cent. 1. aſſ. 74.* MAD.

Pactum vero in dubio *inſolitiſſimos caſus* non continet. WERNHER. *Part. V. Obſ. 98.* BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 22. n. 5.* HOM.

733) In Sax. El. ſi executiue agitur vid. ORD. PROC. REC. *App. §. 4.* HOM.

734) Si emtor ad mercedem ſoluendam agit non ex actione ceſſa a venditore locatore. MAD.

4. *compenſationis*, *ſolutionis*,
5. *purgatae morae*,
6. *mercedis ob calamitatem remittendae*, modo tamen probetur
   a. inconſuetam 735),
   b. extrinſecus contingentem 736),
   c. ſine culpa conductoris,
   d. in fructibus nondum perceptis 737),
   e. intolerabilem eſſe calamitatem, vid. DEC. SAX. REG. *XX. de an. 1746.* 738)
7. *deſertionis rei locatae iuſta ex cauſa ſuſceptae* 739),
8. *laeſionis vltra dimidium* 740),
9. *tacitae relocationis.* vid. DEC. SAX. REG. *XXI. de an. 1746.* 741)

735) Ratione loci & temporis. HOM.

736) I. e. quae non ex qualitate ipſius fundi, ſeu vitio rei conductae, ſed caſu fortuito contingente producitur. vid. *Cod. Frid. Part. VI. Tit. VIII. §. 19. ſeqq.* MAD.

737) Et a fundo ſeparatis. WERNHER. *Part. VI. Obſ. 414.* HOM.

738) Vi huius *Deciſ.* ſi damnum, deductis impenſis, excedit dimidiam annuae mercedis partem, locator dimidiam damni partem ferre debet, ita vt non reſpiciatur ad praeteritorum, vel futurorum annorum prouentus. HOM.

739) Scil. ſi vſus promiſſus non praeſtetur, vel intercipiatur. MAD.

740) Iniuſta & intolerabilis extenſio *L. 2. C. de reſc. vend.* MAD.

741) Secundum hanc tacita relocatio inita cenſetur, ſi conductor vltra menſem ab elapſo tempore contractus rei conductae, patiente locatore, inſiſtit, & durat per annum in praediis, e quibus aequales quotannis fructus proueniunt, in iis vero, quae agriculturae & oeconomiae ruſticae inſeruiunt, per tot annos, quot ibi reperiuntur agriculturae genera (Feldarten), niſi breuius tempus a partibus antea conuentum fuerit. HOM.

Digitized by Google

10. *vſus nondum finiti.*
11. *competentis praelationis*, prae nouo conducto-re 742),
12. *retentionis ob impenſas* 743),
13. *retentionis ob damna* 744),
14. *neceſſitatem praeuidere potuiſti*,
15. *refectionis non neceſſariae*,
16. *refectio inhabitationem non impedit*,
17. *deficientis abuſus* 745),
18. *damni caſu fortuito dati*,
19. *damni a tertio dati* 746).

Reliquae exceptiones, pacta adiecta reſpicientes, ex antecedentibus actionibus expoſitis depromi poſſunt.

Li-

742) Ex conuentione, *L.* 23. *C. locat.* HOM.

Iure communi quidem non habet ius praelationis, attamen in plerisque LL. prouincial. vti & iure Brandenburg. id conſtitutum. MAD.

743) Iure *Cod. Frid.* etiam, ſi ex ipſo contractu liquidum ſit, quod petitur. *Part. IV. tit. 8.* §. 5. *ſq.* MAD.

Ius retentionis competit etiam ob tributa realia non ſoluta. HOM.

744) Leui culpa a locatore data. HOM.

Quae tamen proprie ceſſat, quoniam in contrario quoque caſu ob damni reſtitutionem hypotheca tacita, quippe quae in ſolam mercedis ſecuritatem conſtituta eſt, ceſſat. Sed vid. *Cod. Frid. l. c.* MAD.

745) Eiusmodi, ob quem a locatione recedere non licet. MAD.

746 Add.
20. *dominii in continenti liquidi.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th.* 24. *n.* 6.
21. *operarum non praeſtitarum.* De aegrotante famulitio vide tamen BERGER. *loc. cit. th.* 23. *n.* 1. WERNHER. *Part. IX. Obſ.* 107. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur Obſ.* 332. HOM.

Libellus.

Bringet klagend an, was maßen er zu N. ſein gelegenes Bauerguth, nebſt allen Pertinenz-Stücken, Beklagten auf 3 Jahr, vom 1 Ian. 1744. bis dahin 1747. jährlich vor 200. Thlr. Pachtgeld verpachtet, und Beklagter dieſen Pachtzins in zwey Terminen, nemlich Johannis und Neujahr zu bezahlen verſprochen; Wann dann Beklagter die beyden letzten Termine vom 1 Ian. 1746. bis dahin 1747 bis dato nicht entrichtet, ſich auch zur Bezahlung derer ſchuldig verbliebenen 200. Thlr. Pachtgelder in Güte nicht verſtehen will; Als ꝛc.

Daß Beklagter die *libellirten* rückſtändigen Pachtgelder vom 1 *Ian.* 1746 an 200. Rthlr. nebſt denen Intereſſen von der Verfallzeit zu bezahlen, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

DE ACTIONE CONDVCTI.

§. 13.

ACTIO CONDVCTI eſt *ciuilis, perſonalis, rei perſecutoria, quae datur conductori*, eiusque heredibus, *aduerſus locatorem*, aut eius heredes, *ad vſum rei*, vel *operas*, *& reliqua ex natura contractus*, vel *pacto conuento deſcendentia*, *praeſtanda*. De A.C. indole. §.13-15.

§. 14.

Contra ſingularem ſucceſſorem 748) haec actio non competit 749), quoties tamen pactum de non alienando cum

748) Numquam conductor hac actione agere poteſt aduerſus eiusmodi ſucceſſorem ſingularem locatoris e. g. emtorem rei conductae, ſiue pactum de non alienando adiectum, ſiue etiam hypotheca de ea re conſtituta ſit. Nam in priori caſu ſolam actionem perſonalem ad intereſſe contra locatorem habet, in poſteriori autem ſolam actionem hypothecariam. MAD.

749) Add. *L. 9. C. locat.* De pugna litteraria circa paroemiam

Digitized by Google

cum locatore conductor iniit, & hypotheca iuncta eſt, ſatis conductoribus proſpicitur, quia nulla eſt alienatio 750), *L.* 7. §. *f. ff. de diſtr. pign.* 751)

§. 15.

Fines. Tendit haec actio

1. *ad vſum concedendum,*
2. *ad operas praeſtandas,*
3. *ad intereſſe praeſtandum,*
4. *ad ſatisfaciendum promiſſis in contractu,*
5. *vt patiatur conductorem ante finitum locationis tempus diſcedere,*
6. *ad mercedis reſtitutionem* vel *remiſſionem,*
7. *ad impenſas neceſſarias & utiles*, & aliquanto *voluptuarias* etiam *reſtituendas* 752),
8. *ad reſarcienda damna.*

§. 16.

De eius fundam. §. 16-18. Fundamenta ſunt generalia requiſita contractus locationis, de quibus ſupra, & haec ſufficiunt ad 1. & 2. finem.

§. 17.

oemiam: Kauf gehet vor Miethe, vid. plura penes STRYCK. *de Act. For. Sect. I. M. 6.* §. 53. ibidemque HOMMEL. HOM.

750) Sed ipſa alienatio non inde nulla efficitur, quia ſecundum *L. cit.* ſolum alienatio nulla dicitur, ſi creditori hypothecario per pactum conſtitutum ſit, ne res hypothecae nexu obligata alienetur a debitore, indeque *arg. hui. L.* id tantum probatur, quod propter conſtitutam conductori hypothecam effectus alienationis intuitu conductoris ſolum ſuſpendantur, vsque ad lapſum temporis, ad quod locatio conductio inita eſt. MAD.

751) Ceſſat vero haec exceptio in Saxon. El. *ſi in bonis locatoris concurſus ortus*, ſecundum ORD. PROC. REC. *Tit.* XXXIX. *§.* 4.

Secunda regulae exceptio eſt, *quoties quis res fiſcales conduxit, L.* 3. *C. de mancip.*

Tertia, *ſi emtor ea lege accepit, ne conductores ante finitum tempus expellat.* HOM.

752) Sed voluptariae tunc voluntate ipſius locatoris factae eſſe debent. MAD.

§. 17.

Reliqui fines praeter haec alia fundamenta requirunt, hinc

in tertio fine attendas vel

a. dolum & culpam, qua non praeſtitus vſus, L. *19. ff. locat.* 753). vel
b. obſcurationem luminum vel aliud impedimentum vſus,
c. vel quod locator reuocabile ad ſe tantum pertinere dominum reticuerit, ac reuocatio ſecuta ſit 754).

In quarto fine,

pactum ſpeciales promiſſiones continens.

In quinto fine,

a. vtilitatem omnem interceptam,
b. belli tempus 755), metum ſpectrorum iuſtum 756),
c. refectionem vſum rei conductae impedientem 757).

In ſexto fine,

ſi merces iam praenumerata ſit, & reſtitutionem, aut praenumeratione haud facta, remiſſionem vrgeas, fundamenta erunt,

a. cauſae ad quintum finem expoſitae,

b. ſte-

753) Confer. G. L. BOEHMER. Diſſ. *de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae vſum.* HOM.

754) Add.
d. vel quod locator durante locationis tempore ipſam rem locatam alienauerit, & ſucceſſor ſingularis locationem conductionem continuare nolit. MAD.
e. vel quod conductor ab emtore ante finitum tempus expulſus ſit, *L. 24. §. 4. ff. eod.* HOM.

755) Ceteraque impedimenta, quae conductorem in rei conductae vſu impediunt, & quae impedimenta propter caſum in conductoris perſonam non exiſtentem praeſtare non tenetur. MAD.

756) Loco horum verborum melius ponitur: luem pecorum. LEYSER. *ad Pand. Spec. 220. Med. 4.* HOM.

757) Aut a locatore penitus neglectam. HOM.

Digitized by Google

b. ſterilitas, cuius requiſita ſupra ad except 6. tradidi. Vid. DEC. SAX. REG. *XX. de an. 1746.*

In ſeptimo fine,

impenſarum vel neceſſitas vel vtilitas, vel voluntas locatoris 758) actionem informabunt.

In octauo fine,

damnorum exſiſtentia ex dolo, vel lata vel leui 759) culpa locatoris probanda eſt.

§. 18.

Contra heredes locatoris non datur, ſi locatio ſit operarum, cum ſpecialis perſonae induſtria eligatur 760).

§. 19.

Exceptiones ſequentes adplica:

1. *promiſſionis conditionatae factae,*
2. *nondum adimpleti contractus* 761),
3. *valetudinis aduerſae*, vel *alius impedimenti legitimi operarum praeſtationem impedientis,*
4. *improuiſae neceſſitatis, ob quam ipſe locator re conducta indiget*, L. *3. C. locati.*
5. *abuſus rei locatae,*
6. *mercedis intra biennium* 762) *non ſolutae,*
7. *pacti commiſſorii conſtituti* 763),
8. *pacti addictionis in diem reſolutiui,*

9. *qua-*

758) Ratione voluptuariarum. HOM.
759) Interdum ex pacto leuiſſima. HOM.
760) Nec non, ſi ius locatoris in re locata morte exſpiret, aut locatio ad beneplacitum locatoris facta. E contrario heredibus conductoris actio denegatur, ſi locator conductoris fidem & induſtriam ſpecifice ſpectauit. LEYSER. *ad ff. Spec.* 220. *Med.* 10. HOM.
761) In Sax. El. vid. ORD. PROC. REC. *App.* §. 4. HOM.
762) *Aut duos terminos praefixos.* HOM.
763) Et exiſtentis conditionis eiusd. MAD.

Digitized by Google

9. *qualitatis reuocabilis dominii praedictae,*
10. *ſterilitatis conſuetae* 764),
11. *ex ipſo vitio fundi contingentis,*
12. *culpa calamitatem ſentis,*
13. *modicae ſterilitatis* 765),
14. *cum vbertate priorum annorum compenſatae* 766),
15. *contractus ante* DEC. REG. *XX. de anno 1746. initi,*
16. *mercedis ad ſex annos per auerſionem conſtitutae, &*
17. *ſic ante elapſos 6. annos deficientis iuris agendi* 767),
18. *caſus fortuiti pacto recepti,*
19. *vitii rei locatae praedicti,*
20. *impenſarum immodicarum,*
21. *voluptuariarum contra voluntatem collocatarum* 768).

Li-

764) Sed ceſſat haec exceptio, quoniam propter ſterilitatem ex cauſis externis phyſicis orientem, ſiue ſit conſueta, ſiue inconſueta, ſemper a locatore praeſtanda eſt remiſſio. MAD.

765) Quod ex principiis Pand. aeſtimandum eſt, cum ibi nempe doceatur, quaenam ſit modica ſterilitas. MAD.

766) Quae exceptio in Saxon. El. ceſſat, ſecundum DECIS. REG. *XX. d. a. 1746.* HOM.

767) Siue potius, *atque adeo remiſſionis intuitu ſingulorum annorum ceſſantis.* MAD.

768) Add.
22. *locationis ad beneplacitum tantum initae.* HOM.

Libellus.

Bringet klagend an, was maßen er von Beklagten 8. Wieſen in der ſogenannten Trojaner Flur in Weyda auf 2 Jahr, von Michaelis 1747. bis dahin 1749. für 100 Thlr. jährlich abgemiethet, dieſe aber in dem letzten Jahre durch einen gefallenen Wolkenbruch dergeſtalt überſchwemmt und beſchlemmet worden, daß Kläger von denen ſämtlichen Wieſen weder Heu noch Grummet brauchen können; Wann aber Kläger den Pachtzins an 100. Thlr. Beklagten bereits praenumerando bezahlet, Beklagter aber, ohnerachtet er denen Rechten nach den mercedem zu erlaſſen verbunden, ſich zu deſſen Wiedererſtattung nicht verſtehen will; Als iſt rc.

Daß Beklagter wegen des von Klägern erlittenen gänzlichen Mißwachſes, den von Klägern *praenumerando* erhaltenen Pachtzins nebſt allen verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig. 769)

SECT.

769) In Saxonia El. dimidiam damni perpeſſi partem locator tantum fert, hinc & praenumeratam annuam mercedem in dato exemplo, quoad dimidium colonus tantum repetere poteſt. DECIS. REG. XX. *de an. 1746.*

HOM.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM VIII.

DE ACTIONE PRO SOCIO.

§. 1.

Contractus ſocietatis eſt *conſenſualis, de re,* vel *opera ad commune lucrum conferenda* 770). De act. pro ſoc. indole §. 1-5.

§. 2.

Naſcitur exinde ACTIO PRO SOCIO *vtrinque directa*, quae eſt *perſonalis*, *rei perſecutoria*, *b. f.* & *datur ſociis*, & eorum heredibus, *aduerſus ſe inuicem*, *ad rem*, *vel operam conferendam*, *rationes reddendas*, *lucra communicanda* 771) *damna reſarcienda*, & *reliqua*, *vel ex natura contractus*, vel *pacto adiecto dimanantia*, *praeſtanda*.

§. 3.

Vno ſociorum in concurſum incidente, curator bonorum actionem nomine creditorum, qui in debitoris locum ſuccedunt, inſtituere poteſt. 772)

§. 4.

770) De diuiſionibus *ſocietatis rerum* & *operarum*, *univerſalis generalis* & *perticularis*, *ſortis* & *interuſurii*, *bellicae* & *pacatae*. *expreſſae* & *tacitae* vide BERGERI *Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th.* 30. & 31. Add. I. N. HERTIVS in Diſp. *de ſocietate facto contracta.* HOM.

771) Add. *expenſas reſtituendas.* HOM.

772) Si plures ſunt ſocii, haec actio contra ſingulos pro rata tantum datur, & ſi vnus ſoluendo non ſit, ceteri pro parte illius etiam tenentur, *L. 67. pr. ff. pro ſocio*, ita tamen, vt ipſe, qui agit, ferre debeat pro rata eius, qui non ſoluendo eſt, damnum, cum ſocietas tam lucri, quam damni initur. BERGER. *cit. loc. th.* 32. *n.* 2. HOM.

R

§. 4.

Fines. Fines huius actionis ſunt:

1. *ad conferendas res* 773), vel *operas* 774) *praeſtandas* 775). In ſocietate tamen vniuerſaliſſima fingitur traditio, *L. 1. ſ. 1. L. 2. ff. h. t.* 776)
2. *ad ceſſionem nominum*, etiam in generaliſſima 777), *L. 3. ff. h. t.*
3. *ad reddendas rationes*, vocatur die Balançe ziehen 778). *Hinc inuentarium edendum eſt* 779),
4. *ad lucri communicationem*,
5. *ad inaequalem diuiſionem corrigendam*, arg. *L. 3. C. commun. vtr. iud.* potiſſimum, quia ſubeſt error calculi 780),

6. *vt*

773) Ad vſum, aut proprietatem ex conuentione partium. HOM.

774) *Honeſtas, liberales & illiberales.* HOM.

775) Quatenus ſecundum tenorem ipſius contractus ad collata ipſius ſocietatis referri debent. MAD.
Conf. *L. 15. & 71. pr. ff. pro ſocio.* HOM.

776) In *L. 1. cit.* ſolum dicitur: *in ſocietate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium ſunt, continuo communicari*, aſt in *L. 2.* traditionem non ſpecialiter interuenire oportere, tacitam tamen interueniſſe credendum. MAD.
Communicatio enim ſingularum rerum admodum difficilis foret. HOM.

777) Cum oſſibus inhaerent. Haec vero ceſſio non modo *expreſſe*, ſed & *tacite* fieri poteſt, & colligitur ex factis & coniecturis. LEYSER. *ad ff. Spec. 194. M. 4.* HOM.

778) Sed tunc ſolum actio pro ſocio ad reddendas rationes contra aliquem inſtitui poteſt, ſi reus adminiſtrator ipſius ſocietatis fuerit, aut ſaltem partem quandam priuatiue adminiſtrauerit. MAD.

779) In rationibus reddendis exacta probatio non requiritur, ſed pleraque fidei & iureiurando ſocii relinquuntur. Quod tamen de maioribus expenſis erogatis non dicendum. LEYSER. *loc. cit. Med. 9.* HOM.

780) Aut diuiſio extraiudicialiter facta. LEYSER. *ad ff. Spec. 117. Med. 8.* HOM.

Digitized by Google

6. ***vt arbitratoris iniqua ſententia arbitrio iudicis moderetur***, *L. 76. 78. & 79. ff. pro ſoc.* 781) *In L.* 78. verba in *L. 79.* BONAE FIDEI IVDICIVM &c. declarantur de actione pro ſocio 782),

7. ***ad impenſas*** 783) ***pro rata reſtituendas*** 784), ſcil. in generali & particulari ſocietate.

8. ***ad damna dolo, lata & leui culpa data*** 785) ***reſarcienda***, *L. 25. ſeq. ff. eod.* Intelligitur autem culpa 786) in concreto, *§. 9. I. de ſociet.* ſi ipſe in ſuis rebus ſit diligentiſſimus paterfamilias etiam leniſſimam culpam praeſtare debet, idemque obſeruandum, ſi ita conuentum.

9. ***ad damnum caſu fortuito exſiſtens, pro rata ferendum***, *L. 52. §. 4. ff. pro ſocio.* Si ita conuentum 787), etiam ſolus omne damnum ferre tenetur 788).

781) *L. 76.* PROCVLVS ait: *Arbitrorum enim genera ſunt duo, vnum eiusmodi, vt ſiue æquum ſit, ſiue iniquum ſit parere debeamus, quod obſeruatur, cum ex compromiſſo ad arbitrum itum eſt, alterum eiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, etſi nominatim perſona ſit comprehenſa, cuius arbitratu fiat*, additque *L. 78. in propoſita quaeſtione arbitrium boni exiſtimo ſequendum eſſe, eo magis, quod iudicium pro ſocio bonae fidei eſt*, indeque putat PAVLLVS *L. 79. ſi manifeſte iniquitas appareret, corrigi poſſe per iudicium bonae fidei.* MAD.

782) Conf. STRYCK. *Vſ. Mod. Tit. pro ſocio §. 9.* HOM.

783) Scil. *in ſocietatem erogatas.* HOM.

784) Etiam cum vſuris, *L. 38. §. 1. L. 6. §. 2. ff. pro ſocio.* HOM.

785) In ſingulis negotiis. HOM.

786) Scil. leuis. HOM.

787) Aut culpa ſocii anteceſſerit. S. F. WILLENBERG. Diſp. *de ſocio parum diligente.* HOM.

788) In eo nimirum caſu, ſi etiam de lucro participat, alias enim eſſet ſocietas Leonina, quae inualida eſt, vid. CHR. HENR. ECKHARDI *de ſocietate Leonina ad L. 39. §. 2. ff. pro ſocio.* Ien. 1738. & SAM. FRID. WILLENBERGII diſſ. *eiusd. arg.* Ged. 1720. MAD.

Digitized by Google

10. *ad intereſſe praeſtandum*, ſi ſocietas ad tempus contracta, & ante illud absque iuſta cauſa diſcedat.

§. 5.

Ad diſſoluendam ſocietatem & ad diuiſionem non haec 789), ſed communi diuidundo actio datur, L. *1. ff. de comm. diuid.* L. *43. ff. pro ſoc.* 790)

§. 6.

Eius fundamenta §. 6-12. Ratione fundamentorum, eſſentialia maxime contractus ſocietatis attendenda ſunt, ſcil.

1. *conſenſus in rem*, vel *operam conferendam*,
2. *de lucro communicando* 791).

§. 7.

Communio lucri ad eſſentialia pertinet 792). In quas partes vero diſtribuendum lucrum, & quam partem damni quisque ferat, intelligendum eſt ex pactis, vel ex naturalibus. Igitur iudex reſpiciat

1. *ad pacta, partes lucri aut damni determinantia* 793),
2. *an vterque* vel *aequaliter*, vel *inaequaliter conferat res*, aut *operas?* 794)

§. 8.

789) Niſi diuiſio per pactum adiectum foret definita. HOM.

790) Conf. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 8. §. 120.* HOM.

791) Add.
3. *de damno etiam coniunctim ferendo*, quoniam, quoties pacto ſpeciali aliter conuentum non fuerit, quilibet ſocius damni caſualis partem pro rata collatorum ferre tenetur. MAD.

792) Reparatio damni eſt naturale tantum. HOM.

793) Et valent, vt ſocius omne damnum ferat, modo partem lucri habeat. HOM.

794) Vid. WERNHER. *Part. III. Obſ. 178.* HOM.

Digitized by Google

§. 8.

Quoad conferendas res, ex pactis deſumendum, quid & quo tempore ſit conferendum.

§. 9.

Ratione temporis, quo actio pro ſocio inſtitui queat, controuerſia eſt, cum alii conſtante ſocietate, alii finita demum ſocietate agi poſſe adſerunt. Ita vero ſentio. *Ad conferendas res* vel *operas*, *& edendas rationes conſtante etiam ſocietate iure agitur.*

Ad damna reſarcienda, vel lucrum communicandum, finita demum ſocietate agitur 795), niſi vel

1. *pacto aliud tempus expreſſum ſit*, vel
2. *ſocius ſimul ad diuiſionem prouocet*, vel
3. *conſuetudine loci illud* 796) *receptum ſit*, vel
4. *conditio perſonarum aliud ſuadeat*, cf. FRANZKIUM, B. Auum LUD. MENCKEN. *in Pand. Tit. pro ſocio.* §. 13. & STRYCK, in *Vſ. Mod. ad ff. h. t.* §. 5.

795) Sed omnino AVCTOR in eo errauit, quod putet, finita tantum ſocietate actione pro ſocio, ad damna reſarcienda & lucrum communicandum agi poſſe; iure enim ciuili certum eſt, actionem pro ſocio toties propter obligationes ſociorum perſonales moueri poſſe, quoties ad implendas has obligationes durante ſocietate agitur, & ſi finita eſt ſocietas, proprie non haec actio, ſed potius communi diuidundo, quae hanc ob cauſam perſonalis & mixta eſt, inſtitui debet, iam vero obligationes perſonales ſociorum, quae ex contracta oriuntur, omnino directae ſunt ad lucri communicationem pariter atque damni aut culpae datae reparationem, vti ad id ipſius damni caſualis communicationem, atque adeo nulla iuris ratio deprehenditur, quare ad has obligationes implendas finita demum ſocietate agi deberet. MAD.

796) E. g. inter mercatores. HOM.

Digitized by Google

§. 10.

Reliqua fundamenta partim ex finibus explanatis patent, partim explicatio aliis contractibus addita deſeruit.

§. 11.

An ad heredes transeat?

Actio pro ſocio vtrinque ad heredes tranſit, quod intelligendum *de obligatione, ratione ſocii defuncti, intuitu ſocietatis.* Ad continuandam vero ſocietatem heredes non obligantur, *L. 35. L. 52. §. 9. & L. 59. ff. pro ſoc.* Excipe vectigalium ſocietatem, *L. 59. ff. eod.* aut ſi pater 797) in teſtamento iniunxerit ſocietatis continuationem ad aliquod tempus 798).

§. 12.

Exceptiones oppon.

Exceptiones ſunt

1. *ſocietatis ita initae, vt operas tantum praeſtet,*
2. *rei conferendae caſu exſtinctae,*
3. *ſocietatis Leoninae* 799),
4. *renunciationis iam factae* 800),

5. *ſo-*

797) Sed quia voluntas patris teſtamentaria non maiores vires habere poteſt, quam ſi per pactum ſocii ſeſe obligauerint, vt intra certum tempus a ſocietate non diſcedatur, & quoniam principio iur. ciu. vniuerſali repugnat, nemo inuitus in ſocietate permanere tenetur, etiam in hoc caſu praeſtando id, quod intereſt, ſemper aliquis a ſocietate recedere poteſt. MAD.

798) MENCKEN. *in Pand. loc. cit. §. 15.* aut inter mercatores hodie pactum, vt heredes ſocii in ſocietatem ad certum tempus initam ſuccedant, WERNHER. *Part. I. Obſ. 167.* aut coepta negotia ab heredibus poſſint perfici, *L. 40. ff. pro ſoc.* HOM.

799) Vid. *L. 29. §. 2. ff. pro ſocio.* De qua diſputarunt WEBER. WILLENBERG. ECKHARD. HOM.

800) Nam poſt renunciationem non actione pro ſocio, ſed communi diuidundo agi poteſt. MAD.

Digitized by Google

5. *ſocietatis nondum finitae* 801),
6. *compenſationis*,
7. *inaequalis diuiſionis pacto determinatae* 802),
8. *inaequalis collationis, vel operarum praeſtationis, inaequalem diuiſionem deſiderantis* 803),
9. *renunciationis*,
10. *laeſionis modicae* 804),
11. *impenſarum non ad ſocietatem pertinentium*,
12. *non rite collocatarum*,
13. *contra voluntatem factarum*,
14. *diligentiae in concreto adhibitae*,
15. *damnorum inaequalis diſtributio pacto eſt determinata*,
16. *renunciationis iuſta ex cauſa factae*,
17. *tempeſtiue factae*,
18. *competentiae* 805).

801) Quae exceptio tamen eatenus admitti non poteſt, quatenus actor agit ad communicationem lucri, aut ad reparationem damni, ſec. ea, quae ad §. 9. not. 795. obſeruauimus, adeo directa ſolum eſt eum in finem, vt aut actor ad tempus definitum in ſocietate perſiſtat, aut ceteris ſociis intereſſe praeſtet. MAD.

802) Ea nimirum ſub hypotheſi, ſi actor inaequalem iam factam diuiſionem corrigendam petit. MAD.

803) Quoniam collata ſunt inaequalia. Inaequalitas tantum eſt reſpectiua. Nam aequalitas adeſt, ſi lucrum pro rata collatorum diſpartitur, inaequalitas autem, ſi quantitatem lucri diuiſi conſideramus. MAD.

804) Sed ſiue modica, ſiue immodica ſit laeſio, ſemper reparanda eſt, quoniam ſemper aequalis partitio fieri debet, indeque omnino ceſſat hoc loco, quod tantum de laeſione minori illata valet: *modica non curat Praetor.* MAD.

805) Siue potius beneficii competentiae, quoniam iure ciuili in eo caſu, ſi diſſoluitur ſocietas ſociis beneficium competentiae conceſſum eſt, adeoque durante

Libellus.

Klaget, welchergeſtalt er mit Beklagten einen Societaets-Contract dergeſtalt eingegangen, daß Kläger 10000. Rthlr. an Rauchwaaren in dieſe Societaet zu conferiren, Beklagter aber ohne ſonſt etwas in die Societaet an Gelde oder Waaren einzubringen, alle zu Führung ſothanen Handels nöthige Bemühung, ſie mögen Namen haben, wie ſie wollen, zu übernehmen, und jährlich mit Anfang des neuen Jahres Rechnung der geführten Adminiſtration halber abzulegen, ſowol den Gewinſt und Verluſt zu gleichen Theilen zu tragen, und alle Jahr den Gewinſt zu theilen, ſich verbunden; Wann dann Kläger an ſeiner Seite durch Conferirung derer 10000. Rthlr. an Rauchwaaren den Contract erfüllet, Beklagter auch bereits 3. Jahr die Adminiſtration geführet, aber der Ablegung der Rechnung und Theilung des Gewinſtes ſich weigert; Als iſt Kläger ꝛc.

A

Daß Beklagter von ſeiner bishero geführten Handlungs-Adminiſtration richtige Rechnung abzulegen, und Klägern die Hälfte des Gewinſtes auszuantworten, nicht weniger alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

te ſocietate, ſi ad communicationem lucri agitur, haec exceptio beneficii competentiae locum habere nequit, indeque, ſi dicendum quod res eſt, haec exceptio non proprie actioni pro ſocio, ſed tantum actioni communi diuidundo opponi poteſt. MAD.

Ceſſat tamen, ſi ſocius in dolo verſatus, aut ſe ſocium eſſe negauit, *L. 67. §. 3. ff. eod. L. 22. §. 1. de re iudicat.*

Add. quoque except.

19) *contractus nondum adimpleti,*

20) *vſurariae prauitatis.* WERNHER. *Part. V. Obſ.* 224. HOMMEL *in Rhapſ. Iur. Obſ.* 470. & 603. HOM.

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM IX.

DE ACTIONE MANDATI DIRECTA ET CONTRARIA.

§. 1.

Contractus mandati eſt *conſenſualis, b. f. de negotio futuro* 806), *honeſto, gratis expediendo, initus.*

§. 2.

Deſcendit exinde *actio directa* & *contraria*.

806) Potius, *quo negotia ad alterius voluntatem gratis expediuntur.* Non ſemper enim futurum negotium requiri, ſed in negotio iam geſto mandati actionem locum habere oſtendit *L. 60. ff. de R. I.* vbi VLP. *ſemper, qui non prohibet pro ſe interuenire, mandare creditur, ſed & ſi quis ratum habuerit, quod geſtum eſt, obſtringitur mandati actione.* Conf. IAC. GOTHOFREDVS *comment de diu. reg. iur. ad h. & L. 152. §. 2. de R. I.* LVDOVICI quidem *Doctr. Pandectar. h. t. §. 1.* opponit, ſi poſt negotium plene abſolutum conſenſus ſuperueniens mandatum conſtitueret, nulla daretur negotiorum geſtio a mandato ſeparata, ſed ſalua res eſt. Nam negotiorum geſtio adeſſe poteſt, vbi nullus conſenſus accedere poteſt, v. c. in negotiis prodigorum, furioſorum &c. atque tunc demum adeſſe, ſi nullus conſenſus acceſſerit, immo quid prohibet, quo minus in vno caſu mandatum & negotiorum geſtio ſimul cogitari & vtraque actio cumulari poſſit, tam quatenus negotia vtiliter, quam quatenus ad voluntatem eius geſta ſunt, in quo caſu poſterior praeſtat. REINOLDVS *ad L. 57. mand.* (ed. IVGL. p. 244.) excipit, *niſi negotium ſit perfectum*, prouocatque ad *pr. I. de nupt.* ſed fruſtra, nam ibi ſolum legitur, conſenſum parentum praecedere debere. COCCEII *I. C. Lib. III. Tit. V. qu. 6. L. 9. ff. de neg. geſt.* in contrarium adducit, vbi: *vtique mandatum non erit.* Sed intelligendus eſt ICtus de ſingulari caſu, vt demonſtret, etiam poſt ratihabitionem manere negotiorum geſtorum actionem, non autem, vt putat A. FABER. ad *h. L.* eſſe tantum mandatum fictum, non vero dari actionem mandati. MAD.

Digitized by Google

§. 3.

De act. mand. indole §. 3-5. ACTIO MANDATI DIRECTA eſt *perſonalis*, *ciuilis rei perſecutoria*, b. f. *quae datur mandanti*, ac eius heredibus, *aduerſus mandatarium*, aut eius heredes, *ad mandatum exſequendum*, *accepta reſtituenda*, & *reliqua*, *quae* vel *ex natura contractus*, vel *pacto adiecto deſcendunt*, *praeſtanda*.

§. 4.

Competit aduerſus *plures mandatarios in ſolidum* 807), *L. 60. §. 2. ff. mandati.* 808)

§. 5.

Fines. Tendit haec actio

1. *ad mandatum rite expediendum*,
2. *ad accepta vi mandati nomine mandantis* 809) *reſtituenda* 810),
3. *ad vſuras praeſtandas*, vel *ex mora*, vel *ſi foenori pecuniam exponere potuit* 811) *& debuit*,

807) Si negotium pluribus commiſſum in ſingulos non eſt diuiſum. MAD.

808) Iure recentiori tamen iis & datur beneficium diuiſionis arg. *Nouell. 99. cap. 1.* & ordinis, ſi quidem vnus tantum geſſerit. BERGER. *in Oec Iur. Lib. III. Tit. V. th. 57. n. 4.* HOM.

809) *Aut, quae occaſione mandati nactus eſt.* HOM.

810) *Et rationes geſtionis reddendas.* HOM.

811) Quod tamen non ſimpliciter a mandatario exigitur, adeoque locum non habere poteſt, niſi aut mandans mandatario illud in ſpecie commiſerit, aut occaſio pecuniam ſecure exponendi adfuerit. Non maiores quam conſuetae, *quae legitimo modo in regionibus frequentantur*, *L. 10. §. 3. h. t.* exigi poſſunt. Cf. IO. SAM. FRID. BOEHMER. diſſ. *de vſuris ex mandato ſoluendis.* Frf. ad V. 1768. Etiamſi mandans mandauerit, *vt Titio pecuniam ſuam ſine vſuris credat*, mandatarius autem ſub vſuris crediderit, reſtituere debet, ſi vero *ſuo periculo* crediderit mandatarius, non reſtituit, *L. 10. §. 8. h. t.* vid. Ill. SCHOTT. Unp. Critik 1. B. S. 650. MAD.

Digitized by Google

buit, vel *ſi in propriam vtilitatem pecuniam conſumſit* 812),

4. *ad intereſſe praeſtandum*, *ſi neglexerit mandatum expedire, ſi fines mandati exceſſerit* 813), vel *intempeſtiue ſi renunciauerit mandato* 814),
5. *ad damna culpa lata, leui & interdum leuiſſima data reſarcienda,* L. 13. 21. C. *mand.* 815)
6. *ad ceſſionem actionum vi mandati acquiſitarum,* L. 8. *ſ.* 5. *ff. h. t. quod hodie vix obtinere puto* 816).

§. 6.

Fundamenta imprimis conſiſtunt in eſſentialibus contractus, quae conſiſtunt *in conſenſu de negotio,* De eius fundam. §. 6-10.

1. *futu-*

812) Confer. I. S. F. BOEHMER. diſſ. *de vſuris ex mandato ſoluendis.* HOM.

813) Si fines mandati exceſſit mandatarius, ſiue contra ſiue praeter mandatum egerit, ille quidem ſemper obligatur, non vero mandans, *L.* 5. *pr. L.* 41. *ff.* & §. 8. *I. h. t.* cf. GVSTAV. BENH. BECKMANN. diſſ. *de obligatione mandantis erga mandatarium fines mandati excedentem.* Hal. 1747. niſi aut actione aut exceptione negotiorum vtiliter geſtorum ſeſe tueri poſſit. MAD.

814) Vid. in Saxon. El. ORD. PROC. REC. *Tit. VII.* §. 4. vel coepta non perfecerit, *L.* 5. §. 1. *ff. eod.* HOM.

815) Conf. LEYSER. *ad ff. Spec.* 179. *Med.* 2. Add. I. F. BOECKLER. diſp. *de praeſtatione culpae in contractu mandati.* HOM.

816) Recte hoc putat *Auctor*, quia mandanti poſt conſtitutionem DIVI PII ipſae iam actiones vtiles conceſſae ſunt, quae ex iis negotiis oriuntur, quae mandatarius vi mandati ſui, in vtilitatem mandantis expediuit. Quod ſi non conſtitutum, certe etiam in Germania ceſſione opus eſſet, quum cerebrinum ſolum principium ſit, *mores Germaniae naturalem ſequi rationem.* MAD.

Digitized by Google

1. *futuro* 817),
2. *honeſto* 818),
3. *gratis expediendo* 819).

§. 7.

Reliqua fundamenta ex ipſa finium expoſitione ſatis adparent, ex eaque ſimul conſtat, *quid probandum ſit?* Quo circa ſpecialia tantum notabo.

§. 8.

Intereſſe, *quod actor*, vel *ob non expletum mandatum*, vel *quod exceſſerit limites*, *petit*, *verum debet eſſe & iuſtum*, ſed ſummariter tantum demonſtrari ſufficit.

§. 9.

Quo adpareat eum mandati limites transgreſſum eſſe, exprimendum in libello, *quid & quo modo negotium ipſi commiſſum ſit* 820).

§. 10.

Tranſit actio ad heredes actoris, ad idemque heredes tenentur, quatenus defunctus geſſit, vel non rite expleuit mandatum. Ad exſequendum vero mandatum here-

817) Sed vid. dicta not 806. ad §. 1. MAD.

818) Rerum inhoneſtarum nullum mandatum, §. 7. *I. de mand.* Mandatum rei illicitae ſi executum, mandans & mandatarius ciuiliter conueniri, & criminaliter puniri poſſunt. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 36.* LEYSER. *ad ff. Spec. 183.* SAM. STRYCK. Diſſ. *de mandato delinquendi.* HOM.

819) Quod in Germania ceſſat, vbi mandatum *honorarium* etiam neceſſarium non reſpuit. MAD.

820) Atque copia mandati libello eſt adiicienda, ſi mandatum ſcriptura conceptum ſit. MAD.

Confer. C. H. BREVNING. Diſſ. *de obligatione mandati non ſeruatis limitibus.* HOM.

Digitized by Google

des mandatarii non obſtringuntur 821), *niſi iam coeptum ſit negotium, & heredes ad finem perducere poſſint*, L. 27. §. 3. *ff. mand. vel contra* 822).

§. 11.

821) Nec heredes mandatarii mortuo mandante, integro adhuc mandato, illud exſequi poſſunt, & ſi expeditum eſt, nullam habent mandati actionem contrariam, *L.* 27. §. 3. *cit.* ſed negotiorum geſtorum actionem. An vero mandanti contra heredes mandatarii negotium expedientibus? Et hoc loco dicendum eſt de vexatiſſima *L. 57. mand.* quae ita ſe habet: *mandatum diſtrahendorum ſeruorum, defuncto, qui mandatum ſuſcepit, intercidiſſe conſtitit. Quoniam tamen heredes eius errore, lapſi non animo furandi, ſed exequendi, quod defunctus ſuae curae fecerat, ſeruos vendiderant, eos ab emtoribus vſucaptos videri placuit. Sed venalitiarium ex prouincia reuerſum publiciana actione non vtiliter* (non inutiliter) *acturum, quum exceptio iuſti dominii cauſa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.* Lectionem *non inutiliter* ex eod. MSCto EM. RANCONETTI a plerisque editt. adnotatam & *librorum Baſil.* auctoritate ſuffultam, ſtrenue inter alios defendunt Viadrinae noſtrae olim inſignia decora, BERNH. REINOLD. diſſ. *ad L. 57. mand.* Duisb. 1713. (& EIVS *opuſc.* p. 243.) & SAM. *de* COCCEII *Iur. Contr. Tit. mand. quaeſt. 18.* Lectionem autem Vulgatae & Florentinae inprimis HENR. *a* COCCEII diſſ. *de mandato ad heredes transeunte ad L. 57. ff. mand.* Frf. ad Viadr. 1713. cf. & ALEX. ARNOLD. PAGENSTECHER. *Periculum academ. ad L. 57. mand.* Duisb. ad Rhen. 1691. OTTO PHIL. ZAVNSCHLIFFERI diſp. *ad L. 57. mand.* Marb. 1691. EIVSD. *vindiciae contra Pagenſtecherianas interpretationes* in *Opp. Iur.* Marb. 1697. MAD.

822) Sed fruſtra haec L. adducta eſt. Nec magis id probatur *arg. L. 6. de admin. tut.* & *L. 13. C. de procurat.* quas allegat BOEHM. *Iur. Dig. h. t. §. f.* Neque *L. 6. §. 6. de his qui not. inf.* quam profert REINOLD. *cap. 1. §. 18.* quum ibi ſolum de dolo heredis forſan negotium expedientis ſermo ſit, non autem eundem obligatum eſſe, denique *L. 13. C. de contr. ſtip.* quae maiori ratione adduci poſſit, agit ſolum in genere de factis vulgaribus ab herede praeſtandis in ſtipulatione promiſſis. Et ſi dicendum quod res naturae mandati ipſorumque negotiorum repugnat. MAD

Digitized by Google

§. 11.

Exceptiones oppon.

Exceptiones adplica:

1. *caſus fortuiti mandati adimpletionem impedientis,*
2. *mandati per mandatarii mortem, re integra, exſtincti,*
3. *morte mandantis exſtincti,*
4. *rei non mandantis, ſed proprio nomine adquiſitae* 823),
5. *morae mandantis in acceptatione,*
6. *deficientis occaſionis pecuniam exponendi ſecure,*
7. *mandans ipſe ſolitus non eſt pecuniam foenori dare* 824),
8. *tua voluntate vſus ſum pecunia,*
9. *deficientis iuſti intereſſe,*
10. *mandati arbitrio mandatarii relicti* 825),
11. *finis non exceſſi,*
12. *ratihabitionis eius, quod vltra fines geſtum eſt,*
13. *tempeſtiuae renunciationis,*
14. *impedimenti ex improuiſo orti,*

15. *ex-*

823) Quae exceptio autem, mandato ipſo a mandante probato, nullum prorſus effectum habet, quia tum mandatarius iſtam rem proprio ſuo nomine amplius acquirere non potuit, niſi per modum reprobationis demonſtrauerit, aut mandatum plane non adfuiſſe, aut ad aliam rem directam fuiſſe, aut denique mandato tempeſtiue renunciatum eſſe. MAD.

824) Quae exceptio quidem in theſi vera eſt, *L. 13. ff. de vſur.* ſed in applicatione quodammodo difficulter probanda. MAD.

825) I. e. mandati cum clauſula generali relicti, adeoque exceptio *mandati generalis, ſiue cum libera.* MAD.

Digitized by Google

15. *excuſſionis* 826),
16. *damni caſu fortuito exſiſtentis* 827).

Libellus.

Bringet klagend an, was maßen er Beklagten unter dem – – Vollmacht ertheilet, das in dem Creis-Amte zu Leipzig zu ſubhaſtirende Crameriſche Haus, ſo von denen geſchwornen Gewerken nach Inhalt des Subhaſtations-Patents für 2250. Tthlr. gewürdert worden, für Klägern zu erſtehen, und bis auf 2000. Rthlr. darauf zu bieten. Ob nun wohl bey der geſchehenen Subhaſtation, da nur 3 Licitanten vorhanden geweſen, von welchen keiner über 1500. Rthlr. Ordre gehabt, Beklagter, der ihm gegebenen Vollmacht gemäß, ſothanes Haus erſtehen ſollen: ſo hat ſolcher dennoch den Subhaſtations-Termin 828) gänzlich verabſäumet; Wann Kläger denn, wie aus obangeführten Umſtänden erhellet, durch Beklagtens Fahrläßigkeit ſehr beträchtlichen Schaden erlitten, Beklagter ſich aber zu deſſen Erſetzung in Güte nicht verſtehen will; Als iſt ꝛc.

Daß

826) Vel *diuiſionis*. HOM.
Et quidem in eo caſu, ſi plures mandatarii ſunt conſtituti, atque vnus principaliter, alter vero minus principaliter, & mandans mandatarium minus principaliter conſtitutum, nondum excuſſo principali, actione mandati conuenit. MAD.

827) Add.
17. *negotii vtiliter geſti*, quippe quamuis mandans ex mandato directe non teneatur, quatenus mandatarius fines mandati exceſſit, tamen ex negotiorum geſtione vtili eatenus mandatarius obligatus eſt, quatenus praeter fines mandati negotia mandantis vtiliter geſſit mandatarius, adeoque haec exceptio ſemper ſecurum reddit mandatarium vtiliter gerentem aduerſus mandantem eiusque heredes. MAD.

828) Add. folglich ſeinen ihm aufgetragenen und angenommenen Auftrag. MAD.

Digitized by Google

Daß Beklagter die durch Verabſäumung des *Subhaſtations*-*Termins* gedachten Crameriſchen Hauſes Klägern zugezogenen erweislichen Schäden, auch alle verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

DE ACTIONE MANDATI CONTRARIA.

§. 12.

Haec eſt actio *perſonalis*, *ciuilis*, *rei perſecutoria*, *b. f. quae datur mandatario*, & eius heredibus, *aduerſus mandantem*, aut eius heredes, *ad indemnitatem praeſtandam*.

§. 13.

Fines. Tendit

1. *ad expenſas reſtituendas* 829),
2. *ad vſuras praeſtandas*, vel *ob moram*, vel *ſi pecuniam in mandati expeditionem impenderit*,
3. *ad creditam pecuniam ſoluendam*, *quam*, *ipſo mandante*, *ſoluit* 830),
4. *ad damna quauis culpa* 831) *data reſarcienda* 832), *L. 26. §. 6. ff. mand. vel contr.*

§. 14.

829) L. 27. ſ. 4. *Impendia mandati exſequendi gratia facta, ſi bona fide facta ſunt, reſtitui omnino debent; nec ad rem pertinet, quod is, qui mandaſſet, potuiſſet, ſi ipſe negotium gereret, minus impendere.* MAD.

830) Atque ad vſuras praeſtandas, in eo ſcil. caſu, ſi mandans in mora reſtituendi eſt. MAD.

831) *Non vero caſu.* HOM.

832) Addat.

5) *ad honorarium promiſſum praeſtandum.* HOM.

Digitized by Google

§. 14.

Exinde iam patent fundamenta, quidque ex iis probandum.

§. 15.

Exceptiones ſunt Exceptiones oppon.

1. *fines mandati exceſſiſti* 833),
2. *impenſarum illiquidarum, atque immodicarum* 834),
3. *voluptuariarum,*
4. *damni caſu fortuito dati,*
5. *periculi praedicti.*

Libellus.

Kläger bringet klagend an, was maßen er auf Beklagtens Ordre nach Holland gereiſet, um daſelbſt vor Beklagten Waaren einzukaufen, auch nach Klägers Zurückkunft dieſe verlangten Waaren an Beklagten überliefert; Wann aber Kläger, ohnerachtet ihm Beklagter zu Beſtreitung der Reiſekoſten 100 Thlr. mitgegeben, dennoch, da er durch widrigen Wind auf der Reiſe etliche Wochen länger aufgehalten worden, nach beygehender Specification annoch 56 Thlr. 12 Gr. zuſetzen müſſen, und Beklagter ſich der Erſetzung dieſes Aufwandes weigert; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die *libellirten* 56 Thlr. 12 Gr. nebſt dem *Intereſſe morae*, und verurſachten Unkoſten Klägern zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

833) Niſi actor replicare poſſit, negotium utiliter eſſe geſtum, quoniam tunc haec exceptio vires ſuas amittit, & negotium ex cumulata negotiorum geſtione aeſtimanda eſt. MAD.

834) Vel *dolo aut culpa erogatorum.* Vid. in Sax. El. ORD. PROC. REC. *Tit. III.* §. 2. HOM.

S

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM X.

DE ACTIONE EMPHYTEVTICARIA.

§. 1.

Contractus emphyteuticus eſt *conſenſualis*, *de vtili rei immobilis dominio*, *ſub lege annui canonis* 835), *et meliorationis* 836) *transferendo*, L. 1. *C. de iur. emphyt.* 837)

§. 2.

Oritur ex hoc contractu *actio emphyteuticaria vtrinque directa* 838).

DE ACTIONE EMPHYTEVTICARIA, QVAE EMPHYTEVTAE COMPETIT.

§. 1.

De indole A. E. quae E. competit. §. 1-3.

Haec eſt actio *perſonalis*, *b. f. quae datur emphyteutae*, et eius heredibus, *aduerſus dominum*, et eius heredes, *ad emphyteuſin tradendam*, et *reliqua* vel *ex natura contractus*, vel *ex pacto adiecto deſcendentia*, *praeſtanda*.

§. 2.

835) In recognitionem dominii directi. HOM.

836) Hunc characterem non ſolum *Auctor*, ſed & qui *Philoſophi iuridici* ſibi videntur, tamquam eſſentialem venditant; ſed ſilentibus legibus, immo repugnantibus iisdem & moribus. Quum enim ſucceſſu temporis etiam priuati agri culti iam, immo & aedificia in emphyteuſin darentur, & hodie ſaepiſſime dentur, obligatio emphyteutae ad meliorandam rem emphyteuticariam eſſentialis eſſe nequit. Quid? quod *Nou. 120. c. 1. in f.* emphyteutae libere relinquatur, partem ruinoſam aedificii reaedificare, nec ne. *Meliorem reddere*, *agrum colere*, neque eum *deteriorem* efficere, toto, vt aiunt, coelo differunt. MAD.

837) EMPHYTEVSIS diuiditur in *eccleſiaſticam* & *ſecularem*, *perpetuam* & *temporalem*, *publicam* & *priuatam*. HOM.

838) Siue *ex L. 2. C. de iur. emphyt.* HOM.

Digitized by Google

§. 2.

Contra *tertium poſſeſſorem* non datur. *Vtilis* vero *rei vindicatio* 839), emphyteutae alias competens, ſupponit, vt traditio iam ſit facta 840).

§. 3.

Fines ſunt: Fines.

1. *ad emphyteuticum fundum cum acceſſionibus tradendum,*
2. *ad intereſſe, ſi fundum tradere nequeat,*
3. *ad fructus perceptos & percipiendos ex tempore morae praeſtandos,*
4. *ad euictionis praeſtationem* 841).

§. 4.

Fundamenta inprimis deprehenduntur in eſſentialibus contractus, quae conſiſtunt in *conſenſu,* Eius fundamenta. §. 4-6.

1. *trans-*

839) Potius ſic totus §. conſtruendus. Realis vero actio emphyteuticaria emphyteutae non contra ipſum ſolum dominum, ſed etiam aduerſus quemcunque poſſeſſorem competens, iuris emphyteutici conſtitutionem perfecte iam factam ſupponit, adeoque ſi ex diſpoſitione inter viuos adquirendum, traditio facta eſſe debet. MAD.

840) Ea ſubſecuta, rei vindicatio vtilis & contra dominum directum interuertentem effectus dominii vtilis inſtituitur, *L. 1. in f. ff. ſi ager vectigalis.* Add. H. C. BAVER. progr. *de emphyteutae iure, vero dominio.* HOM.

841) I. e. vt aut fundum eiusdem qualitatis iure emphyteutico iterum emphyteutae praeſtet, aut ſoluat quanti intereſt. Nam ſi aliquid pro conſtitutione iuris emphyteutici datum, aut agrum incultum ſub obligatione meliorationis acceperit, manifeſte contractum oneroſum inuoluit. Et licet in poſteriori caſu meliorationes ab euincente recuperat quoad maximam partem, indeque in hoc ac in eo caſu, vbi agrum cultum

Digitized by Google

1. *translationis dominii vtilis rei immobilis* 842),
2. *praeſtationis annui canonis.*
3. *meliorationum praeſtandarum* 843),
4. *ſcriptura opus tantum eſt in emphyteuſi eccleſiaſtica* 844), L. 14. §. 5. C. de SS. eccl. Nov. 120. c. 5.

§. 5.

Haec requiſita probanda. Reliqua autem fundamenta ex finibus adparent, quaeque ibi obſeruanda ſint, iam ex aliorum contractuum expoſitione iudicabuntur.

§. 6.

Ad *heredes* actio tranſit *quoscumque*. In emphyteuſi eccleſiaſtica ad heredes ſecundi gradus regulariter tantum deuoluitur emphyteuſis, *Nov. 7.* niſi pacto perpetua emphyteuſis conſtituta, *Nov. 120. c. 1.*

§. 7.

Exceptiones oppon.

In exceptionibus verſabuntur
1. *deficientis conſenſus,*
2. *locationis tantum initae,*

3. *defi-*

cultum iam acceperit, videri poſſet negotium gratuitum eſſe, neque canonis praeſtationem, quae in ſolam recognitionem dominii ſuſcipienda, onerosum efficere, & ſic ex gratuita conceſſione aeſtimandum eſſe, tamen euictionem dicto modo locum habere debere opinamur, quoniam iure anteriori aut ad emtionem, aut ad locationem relata eſt emphytheuſis, in quibus obtinuit euictio, quod iure nouo non ſublatum eſt. MAD.

842) Potius de iure emphytheutico actori conſtituendo in certa atque determinata re immobili. MAD.

843) Nempe ſi aut pacto adiecto ita conuentum fuerit, aut fundus plane ſterilis in emphytheuſin daretur. Vid. not. 836. ad §. 1. MAD.

844) Si ad nepotes emphyteutae deuoluenda eſt, add. 5. *ſcriptura etiam opus eſt in iis pactis adiectis, quae contra naturam contractus aliquid ſtatuunt.* In omnibus enim LL. C. *h. t.* ſemper mentio fit pactorum in ſcripturam redactorum, indeque, vt mera ſint verba enunciatiua, non diſpoſitiua, difficile creditu ſit, quamuis ipſe contractus conſenſualis eſſe poſſit. MAD.

Digitized by Google

3. *deficientis ſcripturae, in eccleſiaſtica emphyteuſi,*
4. *conditionis* 844b), *ſub qua emphyteuſis promiſſa, nondum adimpletae,*
5. *temporalis tantum emphyteuſeos ad ſex* 845) *annos promiſſae,*
6. *rei caſu exſtinctae,*
7. *praeſcriptionis.*

Libellus.

Klaget, welchergeſtalt er am neuen Jahre a. c. mit Beklagten einen Erbzinß-Contract dergeſtalt eingegangen, daß derſelbe ſein in N. habendes Guth mit allen Zubehörungen und Gerechtigkeiten, wie Beklagter ſolches jemals genußet und gebrauchen können, binnen 14 Tagen iure emphyteutico zu übergeben verſprochen, Kläger aber zu Zahlung eines annui canonis von 4 Fl. ſowol, als zur hauswirthſchaftlichen Melioration und Erhaltung des Guthes dargegen ſich anheiſchig gemachet 846); Wann aber Beklagter zu Abtretung gedachten Guthes ſich in Güte nicht verſtehen will; Als ꝛc.

Daß Beklagter das libellirte Guth *cum fructibus perceptis et percipiendis*, von Zeit derer zur Uebergabe beſtimmten 14 Tagen, nach Neujahr *a. c.* abzutreten, und alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

S 3 DE

844b) Nempe extra canonem annuum ſoluendum, pacto adiecto in ſpecie determinatae, quae conditio tamen ab excipiente probari debet. MAD.

845) Cur ſolum ad ſex annos? ſubſtituas *ad determinatum tempus* — atque temporis elapſi. MAD.

846) Quae in libello neceſſario exprimenda non ſunt, quoniam ad iura rei pertinent. MAD.

Digitized by Google

DE ACTIONE EMPHYTEVTICARIA DOMINO DIRECTO COMPETENTE.

§. 8.

De indole A. E. quae D. emph. compet. §. 8 - 10.

Datur haec actio domino directa 847), eiusque heredibus, *aduerſus emphyteutam*, aut eius heredes, *ad annuum canonem praeſtandum, fundum meliorandum*, et reliqua, *quae* vel *ex natura contractus*, vel *pacto adiecto dimanant praeſtanda.*

§. 9.

Aduerſus *ſingularem ſucceſſorem* 848), cum ille anteceſſoris contractum renouet, haec quoque actio datur. Vid. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 8. §. 116. ſeq.*

§. 10.

Fines. Tendit actio haec emphyteuticaria:

1. *ad annui canonis praeſtationem,*
2. *ad fundum meliorandum* 849), *et damna ob deteriorationem reſarcienda,*
3. *ad laudemii praeſtationem* 850), L. *ſ. C. de iur. emph.*

4. *ad*

847) Potius domino, emphyteuta enim ſemper a domino diſtinguitur & concedens ſolum in LL. ita nominatur. Dominium apud emphyteutam nullum exiſtere demonſtrauit GE. FRID. CH. RIEDIGER. diſſ. ſub Praeſ. FRATR. def. *de vera indole agrorum vectigalium*, Frf. ad V. 1773. Conſentit nobiſcum BVRI *ad Schilt.* Cap. 3. S. 166. & alii. MAD.

848) Ratione futurae obligationis. HOM.

849) Add. & ſi quod amplius pacto promiſſum eſt. MAD.

850) Vtrum contra nouum aut potius antiquum? Ad vnum fere omnes reſpondent, a nouo emphyteuta praeſtandum eſſe laudemium, quum, vti in feudis, pro receptione & miſſione in poſſeſſionem detur. Prouocant ad verba *L. 3. C. de iur. emph. Neceſſitatem autem habere dominos, ſi aliis melioratio - vendita ſit, accipere emphyteutam, vel — non contradicere, ſed nouum emphyteutam in*

Digitized by Google

4. *ad reſtitutionem fundi emphyteuticarii, quod contingit*
   a. ſi ad certum tempus emphyteuſis conſtituta,
   b. inſigni deterioratione 851). *Nov. 120. cap. 8.* iung. L. 5. §. 2. *ff. commod.* 852)
   c. ob venditionem absque denunciatione factam, L. *f. C. de iure emphyt.* 853)
   d. ob canonem non ſolutum tempore legibus definito, ſcil. *triennio in emphyteuſi ſeculari,*

in poſſeſſionem ſuſcipere, non per conductorem — ſed ipſos dominos per ſe vel per litteras ſuas vel — per depoſitionem — apud virum clariſſ. magiſtrum cenſuum. — Et ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc *efflagitent — non amplius eis liceat pro ſubſcriptione ſua vel depoſitione. —* Alii putant pro conſenſu impetrando dari laudemium, & ſic non a nouo, ſed antiquo peti poſſe, quod potiſſimum grauiſſimis rationibus fulcit BVRI *ad Schilt.* Cap. 3. S. 192. quibus & nos ſubſcribimus. Accedit, quod ſi etiam pro receptione ſoluendum ſit, emphyteutae tamen alienantis res agitur, vt nouus recipiatur, ſicque illi etiam incumbit domino quinquageſimam partem pretii ſoluendi obligatio. MAD.

851) Dolo aut lata culpa facta. HOM.

Aut in emphyteuſi eccleſiaſtica aut ſeculari, ſi pactum commiſſorium huius tenoris contractui emphyteuticario adiectum fuit. In emphyteuſi ſeculari deterioratio cauſam continere non poteſt, quare emphyteuta ius ſuum amittat, quoniam priuata poena absque legis diſpoſitione ſtatuenda non eſt, in *citt.* autem *LL.* id non habetur. In eccleſiaſtica autem, ſeculari multum fauorabiliori, *Nou. cit.* licentia datur venerabili domui, eum eiicere de emphyteuſi, ſi deteriorem faciat rem, quam accepit. MAD.

852) Conf. LEYSER. *ad Pand. Spec. 103. M. 2.* HOM.

853) Ceſſat tamen priuatio emphyteuſeos, ſi dominus directus, ſimul iurisdictione in hunc fundum inſtructus, reſignationem eius iudicialem fieri paſſus fuerit. CARPZOV. *Iurispr. For. Part. II. Conſt. 38. Def. 13.* BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 28. n. 5.* HOM.

Digitized by Google

L. 2. C. *eod.* et *biennio in eccleſiaſtica* 854). *Nov. 120. c.* 8. 855)

5. *ad exercendum ius protimiſeos* 856),

6. *ad apochas* 857) *exhibendas*, L. 2. C. *de iure emphyt.*

§. 11.

De fundamentis. §. 11-17. Principale fundamentum conſiſtit *in eſſentialibus contractus*, de quibus in antecedente actione eſt actum. Cumque reliqua fundamenta finium expoſitio iam tradat, ſingularia tantum pertractabo.

§. 12.

Si annuum canonem actor petit, *qualitatem*, *quantitatem* et *tempus promiſſi annui canonis* in probatione conſideret. Tempore autem non determinato, initio

854) Immo propter non ſoluta tributa per triennium, in vtraque ad reſtituendam rem emphyteuticariam agi poſſe, defendit BVRI *ad Schilt.* 3 Cap. S. 246. & WISSENBACH. *ad L. 2. cit.* propter verba *L. 2. all. Sin autem — per totum triennium* NEQVE *pecunias ſoluerit*, NEQVE *apochas domino tributorum reddiderit*, *volenti ei licere, eum a praediis emphyteuticariis repellere.* MAD.

855) In Saxon. El. vero *ſolemni demum iudicio inſtituto & ſententia priuatoria lata.* CONST. EL. *38. Part. II.* Definit quoque ius emphyteutae,
e. ſi emphyteuta ſine heredibus omnibus decedit, ob ius conſolidationis domino competens,
f. ſi dominus directus dominium vtile praeſcripſit.
Quodſi emphyteuta iure ſuo priuatur, non poteſt expenſas & meliorationes, quas in fundum fecit, repetere, cum ex lege ad meliorationem eſſet obligatus, *Auth. qui res C. de SS. Eccleſ. L. 2. C. de iure emphyt.* HOM.

856) Intra duos menſes *L. 3 C. de iure emphyt.* Ius protimiſeos a domino directo nobili, in praediis emphyteuticis ſub iuriſdictione praefecturae Saxon. electoralis ſitis, ſine expreſſa principis permiſſione exerceri non poteſt. MANDAT. *de an. 1623. & 1669.* HOM.

857) *De tributis ab emphyteuta ſolutis*, quippe qui ad haec onera praeſtanda obligatus eſt. MAD.

Digitized by Google

initio 858) cuiusuis anni 859) petendi iure gaudet 860).

§. 13.

Deteriorationem fundi probare debet actor 861). Hanc vero probationem maxime iuuat, ſi tempore traditionis inuentarium & taxationem fieri curauerit.

§. 14.

Ratione laudemii circumſpiciendum eſt:

1. *quale* 862),
2. *quantum laudemium petere poſſit.* Vid. FRANZK. *de laudem.* 863)

858) Sed potius *in fine.* MAD.

859) A tempore inueſtiturae computatione facta. HOM.

860) Annuus canon vero non modo in pecunia, ſed & aliis rebus v. c. fructibus, operis conſiſtere poteſt. LEYSER. *ad ff. Spec. 509. Med. 11.* & ab emphyteuta in aedibus domini directi eſt praeſtandus. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 140.* In Saxon. El. canon tempore belli praeteriti fere ſeptennalis conſtitutus, niſi certum monetae genus definitum, hodie in proba moneta ſoluendus. MANDAT. *de an. 1763.* Canon reſiduus in concurſu creditorum inter onera realia eſt referendus. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. XLII. §. 8.* HOM.

861) In eccleſiaſtica emphyt. ad reſtituendam rem, in ſeculari autem ad damnum reſtituendum, aut ad cautionem praeſtandam, aut ad ſequeſtrandum, quae remedia patent ad damnum irreparabile euitandum, non autem ad ſoluendum ipſum nexum emphyteuticarium, vid. not. 851. ad §. 10. MAD.

862) Eſt enim vel *maius*, Lehnwaare, Lehngeld, quod ob inueſtituram & receptionem domino directo praeſtatur, vel *minus*, Schreibegebühren, Einſchreibegeld, conſiſtens in ſportulis pro confectione litterarum inueſtiturae ſcribis ſoluendis. HOM.

863) Potius conferri meretur Joh. Heinr. Eberhard, Betrachtungen über die Ländereyen beſonders in Beziehung auf die Kaiſerl. Wahlcapitulation. Witt. u. Zerbſt. 1771. vbi etiam optimos libros de hac materia exſtantes recenſet. MAD.

Digitized by Google

§. 15.

Ipſum emphyteutam, inueſtitura ſecuta, laudemium 864) ſoluere debere dubitatione vacat 865).

§. 16.

In aliis caſibus haec pondera,

a. ex natura contractus emphyteuticarii, quilibet ſingularis ſucceſſor, ad laudemium praeſtandum obligatur. Vocatur **Kauf-Lehn-Waare**. Verbum **Kauf** autem latius patet, etiam *alios ſucceſſores ſingulares* 866) complectens,

b. intuitu reliquorum laudemiorum deciſio dependet a lege noua, conſuetudine, vel conuentione, vel praeſcriptione 867).

§. 17.

864) Adde: *minus.* HOM.

865) Vid. ea quae diximus, not. 850. ad §. 10. MAD. In Saxon. El. vid. CONST. EL. INED. I. HOM.

866) Proprie autem ex hoc contractu contra ſucceſſorem ſingularem, ſc. qua talem, absque ceſſione agi nequit ſecundum princ. iur. rom. ſed potius diſting. vel prior emphyteuta conſenſu domini emphyteuſin alienauit vel non. Priori in caſu ex ipſo contractu, quem dominus cum nouo emphyteuta iniit, ſiue ſit contr. renouatus prioris, ſiue alius, adeoque contra ſucceſſorem qua talem non agit. Poſteriori vero vel denunciatione praeuia diſſentiente domino alienatio facta eſt, vel absque imploratione conſenſus. Hoc in caſu potius actione priuatoria agit dominus, poteſt autem in hoc caſu ac in illo ad renouandum contractum prioris agi, quo renouato nunc haec actio emphyteuticaria illi competit. MAD.

867) In Saxon. laudemium maius ſoluendum eſt, ſi in manu ſeruiente mutatio contingat, & quidem per venditionem etiam ſub lege retrouenditionis factam, titulo lucratiuo v. c. donatione, aut ſi praedium hereditario iure, **Sterbe-Lehn**, in aſcendentes, collaterales & extraneos translatum fuerit. E contrario non ſoluitur: 1) ob mutationem, quae in manu dominante morte, aut alio quocunque modo contingit, 2) ob dationem

§. 17.

Quantitatem determinat vel lex, vel conſuetudo, vel conuentio, vel praeſcriptio. Iure ciuili quinquageſima pars 868) aeſtimationis fundi debetur, L. *f. C. de iure emphyteut.* 869) Quomodo vero de aeſtimatione fundi conſtet, intelliges ex B. A. LÜDER. MENCKEN, *Pand. ad Tit. ſi ager vectigalis &c.* §. *XI.* 870)

§. 18.

nem in dotem, 3) ob permutationem, 4) ſi emphyteuta emerit ab ipſo domino directo, 5) a liberis heredibus, 6) ſi emphyteuſis ſucceſſionis maſculinae, Mann-Lehn, hereditario iure in nouum tranſit poſſeſſorem. Quae tamen ob pacta, conſuetudinem, aut praeſcriptionem paſſim aliter ſe habere poſſunt. CONST. EL. INED. I.

Ad laudemii praeſcriptionem acquiſitiuam probandam ſufficit in Saxon. El. docuiſſe, illud per 31. annos 6. ſept. & 3. dies ſolutum fuiſſe, nec aduerſarium actum contrarium intra hoc ſpatium demonſtraſſe, adeo, vt, licet contra vnum tantum poſſeſſorem actor hoc ius probauerit, id tamen tanquam regula contra ſingulos illius loci emphyteuſes poſſidentes, vt membra vniuerſitatis, tamdiu valeat, donec quilibet exemtionis cauſam demonſtrauerit. GENERALE *de an. 1751.* HOM.

868) Potius, vt verba cit. L. ſonant, — *pretii vel aeſtimationis* loci, qui *ad aliam perſonam transfertur.* Quamuis enim proprie fundus non alienatur, ſed in dominio domini maneat, quam ob cauſam etiam IMP. conſulto ſemper dicit, *ius emphyteuticum ſuum in alium transferre*, atque *meliorationes alienare*, at tamen non officit, vt ius vtendi fruendi in alteram transferendum ex valore fundi aeſtimetur. MAD.

869) In Saxonia quantitas lege publica non eſt definita, ſed pro diuerſa locorum conſuetudine variat, qua deficiente ius ciuile ſequendum. CONST. EL. INED. I. CARPZOV. *Iuriſpr. For. Part. II. Conſt. 39. Def. 11. ſeq.* HOM.

870) Nempe ad pretium venditionis verum nunc promiſſum reſpiciendum. LEYSER. *ad ff. Spec. 104. M. 7.*

&

Digitized by Google

§. 15.

Ipſum emphyteutam, inueſtitura ſecuta, laudemium 864) ſoluere debere dubitatione vacat 865).

§. 16.

In aliis caſibus haec pondera,

a. ex natura contractus emphyteuticarii, quilibet ſingularis ſucceſſor, ad laudemium praeſtandum obligatur. Vocatur **Kauf-Lehn-Waare.** Verbum Kauf autem latius patet, etiam *alios ſucceſſores ſingulares* 866) complectens,

b. intuitu reliquorum laudemiorum deciſio dependet a lege noua, conſuetudine, vel conuentione, vel praeſcriptione 867).

§. 17.

864) Adde: *minus.* HOM.

865) Vid. ea quae diximus, not. 850. ad §. 10. MAD. In Saxon. El. vid. CONST. EL. INED. I. HOM.

866) Proprie autem ex hoc contractu contra ſucceſſorem ſingularem, ſc. qua talem, abſque ceſſione agi nequit ſecundum princ. iur. rom. ſed potius diſting. vel prior emphyteuta conſenſu domini emphyteuſin alienauit vel non. Priori in caſu ex ipſo contractu, quem dominus cum nouo emphyteuta iniit, ſiue ſit contr. renouatus prioris, ſiue alius, adeoque contra ſucceſſorem qua talem non agit. Poſteriori vero vel denunciatione praeuia diſſentiente domino alienatio facta eſt, vel abſque imploratione conſenſus. Hoc in caſu potius actione priuatoria agit dominus, poteſt autem in hoc caſu ac in illo ad renouandum contractum prioris agi, quo renouato nunc haec actio emphyteuticaria illi competit. MAD.

867) In Saxon. laudemium maius ſoluendum eſt, ſi in manu ſeruiente mutatio contingat, & quidem per venditionem etiam ſub lege retrouenditionis factam, titulo lucratiuo v. c. donatione, aut ſi praedium hereditario iure, Sterbe-Lehn, in aſcendentes, collaterales & extraneos translatum fuerit. E contrario non ſoluitur: 1) ob mutationem, quae in manu dominante morte, aut alio quocunque modo contingit, 2) ob dationem

§. 17.

Quantitatem determinat vel lex, vel conſuetudo, vel conuentio, vel praeſcriptio. Iure ciuili quinquageſima pars 868) aeſtimationis fundi debetur, L. *f. C. de iure emphyteut.* 869) Quomodo vero de aeſtimatione fundi conſtet, intelliges ex B. A. LÜDER. MENCKEN, *Pand. ad Tit. ſi ager vectigalis &c.* §. *XI.* 870)

§. 18.

nem in dotem, 3) ob permutationem, 4) ſi emphyteuta emerit ab ipſo domino directo, 5) a liberis heredibus, 6) ſi emphyteuſis ſucceſſionis maſculinae, Mann-Lehn, hereditario iure in nouum tranſit poſſeſſorem. Quae tamen ob pacta, conſuetudinem, aut praeſcriptionem paſſim aliter ſe habere poſſunt. CONST. EL. INED. I.

Ad laudemii praeſcriptionem acquiſitiuam probandam ſufficit in Saxon. El. docuiſſe, illud per 31. annos 6. ſept. & 3. dies ſolutum fuiſſe, nec aduerſarium actum contrarium intra hoc ſpatium demonſtraſſe, adeo, vt, licet contra vnum tantum poſſeſſorem actor hoc ius probauerit, id tamen tanquam regula contra ſingulos illius loci emphyteuſes poſſidentes, vt membra vniuerſitatis, tamdiu valeat, donec quilibet exemtionis cauſam demonſtrauerit. GENERALE *de an.* 1751. HOM.

868) Potius, vt verba cit. L. ſonant, — *pretii vel aeſtimationis* loci, qui *ad aliam perſonam transfertur.* Quamuis enim proprie fundus non alienatur, ſed in dominio domini maneat, quam ob cauſam etiam IMP. conſulto ſemper dicit, *ius emphyteuticum ſuum in alium transferre*, atque *meliorationes alienare*, at tamen non officit, vt ius vtendi fruendi in alteram transferendum ex valore fundi aeſtimetur. MAD.

869) In Saxonia quantitas lege publica non eſt definita, ſed pro diuerſa locorum conſuetudine variat, qua deficiente ius ciuile ſequendum. CONST. EL. INED. I. CARPZOV. *Iurispr. For. Part. II. Conſt.* 39. *Def.* 11. *ſeq.* HOM.

870) Nempe ad pretium venditionis verum nunc promiſſum reſpiciendum. LEYSER. *ad ff. Spec.* 104. *M.* 7.

&

Digitized by Google

§. 18.

Exce-ptiones oppon.

Exceptiones deſeruiunt:

1. *nondum ſecutae traditionis* 871),
2. *cenſus tantum conſtituti* 872),
3. *dies annui canonis nondum venit*,
4. *compenſationis* 873),
5. *deteriorationis ſine dolo*, *lata* aut *leui culpa exiſtentis*,
6. *remiſſionis canonis ob ſterilitatem promiſſae* 874),
7. *conſolidationis*,
8. *fundo vti non potui ob impetum hoſtium* 875),
9. *temporis, ad quod data emphyteuſis, prorogati*,
10. *laudemii inconſueti*,
11. *renunciationis iuris priuandi, per acceptationem canonis poſt triennium*,

12. *pur-*

& ſi in caſum mortis ſoluitur, ad valorem fundi, qui fuit tempore poſtremo initi contractus. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. V. th. 28. n. 10.* Taxatio praedii ad eruendum verum valorem non regulariter fit, niſi ita conuentum, aut dolus concurrat. WINCKLER. *ad Berger. Oec. Iur. loc. cit. n. 11.* HOM.

871) Tam ſi canonem, quam laudemium petit dominus. MAD.

872) In Saxon. praedia cenſitica magis, quam emphyteuticaria praeſumuntur CONST. EL. 39. *Part. II.* HOM.

873) Si canon in pecunia numerata conſiſtit, quod iure rom. ſemper aderat. Si vero in Germania aliud datur, compenſationem locum habere non poſſe in aprico eſt. MAD.

874) Recte *promiſſae.* Alias enim propter ſterilitatem aut tempeſtatem, qua fructuum perceptio impeditur, non remitti, tironibus etiam notum. Sed ſi propter mandationem aut hoſtium incurſiones fundus per aliquot annos plane non poſſeſſus ſit, *L. 12. §. f. ff. de reb. auct. iud.* canonem ceſſare propterea, quod in eo caſu in recognitionem dominii non poſſideatur, putant WISSENBACH. *ad L. 2. C. h. t.* LEYSER. *Sp. 103. M. 11.* & BVRI *ad Schilt.* Cap. 3. S. *182.* negante ELB. LEONINO ad *L. 1. C. de iure emphyt. n. 7.* MAD.

875) Vid. not. praeced. 874. ad exc. 6. MAD.

Digitized by Google

12. *purgatae morae* 876), *c. f. X. de loc. cond.* 877)

Libellus.

Kläger bringet klagend an, was maßen er Beklagten das nutzbare Eigenthum ſeines in Gauzſch zwiſchen Sempronii und Caji Güthern gelegenen Guthes gegen Erlegung eines jährlichen Erbzinſes an 4 Fl. und Verſprechung hauswirthſchaftlicher Meliorirung den 1ſten Jan. 1739. übergeben; Wann aber Beklagter ſeit dem 1ſten Jan. 1744, den Erbzins nicht bezahlet, und alſo deſſen nutzbares Eigenthum gedachten Guthes ipſo iure erloſchen, ſowol durch die bis anhero unterlaſſene hauswirthſchaftliche Meliorirung und Auſſaugung derer Felder, wenigſtens auf 200 Thlr. Schäden verurſachet, und ſich hingegen ſo wenig zu der Uebergabe des Guthes, als Erſetzung derer Schäden verſtehen will; Als iſt 2c.

Daß Beklagter das *libellirte* Guth nebſt denen *fructibus perceptis & percipiendis* von 1ſten Jan. *a. c.* vermittelſt einer richtigen *Specification* Klägern zu übergeben, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig. SECT.

876) Quae exceptio 11. & 12. ceſſant, quoniam acceptatio canonis poſt triennium renunciationem iuris priuandi ideo continere nequit, quia emphyteuta reſiduum praeſtare debet, licet expellatur, quoniam conditione reſolutiua exiſtente contractus reſoluatur, & vsque dum poſſederit fundum emphyteuticarium, ſoluere debet canonem. Saluo iure expellendi canonem acceptare poſſe dominum in eccleſiaſtica emphyteuſi expreſſe quidem conſtitutum eſt *Nov. 120. c. 8.* vtque eo magis noſtra ſententia ex natura morae & conditionis reſolutiuae deducta corroboretur, vid. BRONCHORST. Ἐναντ. *Cent. II. aſſ. 83.* & BVRI *ad Schilt.* 3. Cap. S. 239. Verba autem *cap. f. X. cit.* quae ita ſonant: *emphyteuta quoque — ceſſando in ſolutione canonis per biennium (niſi celeri ſatisfactione poſtmodum ſibi conſulere ſtuduiſſet,) iuſte potuiſſet repelli,* non obſtare, facile oſtendi poteſt. MAB.

877) Add. except.
13. *totalis rei interitus,*
14. *praeſcriptionis.* HOM.

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM XI.
DE ACTIONE FIDEIVSSORIA.

§. 1.

De act. fideiuſſ. indole §. 1-5. Ordine propoſito iam ſequerentur actiones ex contractu verbali, ſcil. *ſtipulatione* fluentes. Sed cum hodie ad verborum ſollemnitates haud reſpiciamus in contractibus, actionem ex ſtipulatu 878) praetermitto. De fideiuſſione tamen ea occaſione diſſeram, quae, quamuis olim ſtipulationem requiſiuerit, hodie tamen ſolo conſenſu perficitur, adeoque 879) conſenſualium contractuum numero habebitur.

§. 2.

FIDEIVSSIO eſt *contractus acceſſorius* 880), *conſenſualis*, *quo quis alterius obligationem in fidem ſuam recipit*, *ſalua manente priori obligatione* 881).

§. 3.

ACTIO FIDEIVSSORIA eſt *ciuilis*, *perſonalis* 882), *quae*

878) Tam certi, quam incerti. HOM.

879) Inſtar conſenſualis contractus obligatio fideiuſſoris ex conſenſu nude declarato oritur, quae vero obligatio eſt acceſſoria, ad aliam nimirum obligationem ex alio contractu orientem accedens, atque adeo actionem adiectitiae qualitatis contra fideiuſſorem operatur. MAD.

880) Potius promiſſio acceſſoria. MAD.

881) Differt ab expromiſſione, vt in hac prior obligatio prius tollatur. HOM.

882) Quae definitio optime ſeſe habet, ſed addendum: ſecundum formam huius actionis fideiuſſoriae, eadem plane ratione actio expromiſſoria delineari poteſt, quod tamen, quum facile indoles actionis expromiſſoriae ſec. analogiam fideiuſſoriae aeſtimari poſſit, minus neceſſarium *Auctori* viſum fuit, quia omnia conſtitutiua huius actionis, etiam conſtitutiua expromiſſoriae continent, diſcriminis tantum ſpecialis inter expromiſſionem & fideiuſſionem ex iure Pand. cogniti, habita ratione. MAD.

Digitized by Google

quae datur creditori, et eius heredibus, *aduerſus fideiuſſorem*, et eius heredes, *vt debitum*, *cuius nomine ſe obligauit*, *ſoluat.*

§. 4.

Ex pluribus confideiuſſoribus, vnum in ſolidum conuenire licet, ſaluo tamen beneficio diuiſionis, *L. 10. §. 1. C. de fideiuſſ.* ſi ſcil. reliqui adhuc ſoluendo, et non difficulter conueniendo ſint 883).

§. 5.

Finis eſt,

1. *vt debitum*, *de quo fideiuſſit*, *ſoluat*,
2. *vſuras praeſtet* 884).

§. 6.

Fundamenta attendas: Eius fundamenta.

1. *debitum principale* vel *naturale non reprobatum*, vel *mixtum exſiſtens*,
2. *fideiuſſio facta*,

3. *quod*

883) Ita quoque creditor contra fideiuſſorem ſtatim experiri poteſt, ſaluo tamen beneficio ordinis, ſeu excuſſionis, *Novell. 4. cap. 1.*

Quibus vero caſibus & beneficium diuiſionis & excuſſionis ceſſet, copioſe exponit BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. III. th. 12. n. 6. & th. 14. n. 3.* ibidemque BACH. & WINCKLER. HOM.

884) Sed non indiſtinctim vſuras praeſtat, ſed ſolum, ſi pro iisdem ſpecialiter, aut in omnem cauſam fideiuſſerit, *L. 54. ff. loc.* alias non, *L. 68. L. 73. ff. L. vlt. C. de fideiuſſ.* BRONCHORST. *'Εναντ. Cent. 4. aſſ. 54.* PACII *'Εναντ. cent. 4. qu. 32.* Ratio huius diſtinctionis non tam cum LVDOVICI *Doctrina Pand. h. t. §. 9.* in eo eſt ponenda, quoniam fideiuſſio ſolum per ſtipulationem ineunda erat, ſed potius in eo, quod obligatio fideiuſſoris ex eo tempore, quo accedit, aeſtimanda ſit, in eoque ad vſuras non cogitauerit. Et ita etiam Perill. COCCEII. *iur. contr. h. t. qu. 11.* adſtipulari non poſſumus, qui eum, qui ſimpliciter fideiuſſit, pro fideiuſſore in *omnem cauſam* adſumit, eumque obligatum putat, non quidem ad vſuras *ex promiſſione*, bene tamen ad vſuras *ex mora.* MAD.

Digitized by Google

3. *quod debitor principalis non ſit ſoluendo* 885), ob beneficium excuſſionis. *Nov. 4. c. 1.*

4. *quod reliqui confideiuſſores non ſint ſoluendo* 886), ob beneficium diuiſionis,

5. *quod debitor principalis, & primus fideiuſſor, non ſint ſoluendo*, ſcil. ſi agatur contra fideiuſſorem indemnitatis, den Schadlosbürgen.

6. *quod actor ex fideiuſſione ſoluere debuerit, & principalis debitor non ſoluendo deprehendatur*, illudque coniunctim requiritur, ſi actor contra ſuccedaneum fideiuſſorem agere velit, den Rückbürgen 887).

§. 7.

885) Quia alioquin per oppoſitam a reo beneficii ordinis exceptionem, actor ad debitorem principalem remitteretur; conſequenter actio ab eo inſtituta dilationem quandam acciperet, vt nempe debitori principali prius excutiendo, actor aduerſus fideiuſſorem ipſum ſua tantum actione audire poſſit. Sed hoc requiſitum non ceſſat, ſi debitor in concurſum inciderit, donec conſtat excuſſo eo nihil aut non totum ad creditorem peruenire: nam quatenus creditori a debitore principali ſatisfieri adhuc *poteſt*, fideiuſſor non tenetur. Prius autem propter concurſum nondum certum ſit, indeque deferenda eſt ſententia MEVII *P. V. dec.* 197. LEYSER. *Sp.* 525. *M.* 6. *de* CANNGIESS. *Dec.* 51. *n.* 5. & *Dec.* 258. *n.* 6. Adde, quodque debitor principalis ſit difficilis conueniendo, i. e. qui conueniri nequit, quoniam latitat. MAD.

886) Si ſcil. actor vnum tantum ex pluribus fideiuſſoribus conuenire vult; ceſſat vero hoc fundamentum, atque ceſſat beneficium diuiſionis, ſi actor ſimul omnes confideiuſſores actione fideiuſſoria conuenit. MAD.

887) Add.
7. *ſi ad vſuras agitur, neceſſe eſt, vt in omnem cauſam fideiuſſio facta ſit.* HOM.

§. 7.

Tranſit *vtrinque* ad heredes 888), plures tamen coheredes non in ſolidum, ſed pro rata tantum tenentur.

§. 8.

Exceptiones deſeruiunt: Exceptiones oppon.

1. *debiti principalis inualidi,*
2. *exſtincti debiti principalis,*
3. *in ſolidum obligationis remiſſae,*
4. *excuſſionis,*
5. *fideiuſſionis ad tempus tantum promiſſae* 889),
6. *diuiſionis,*
7. *cedendarum actionum* 890),
8. *renunciationis generalis tantum, non ſpecialis,* ſecundum ius Saxon. CONST. EL. *17.* & *18.* *Part. II.*
9. *renunciationis, ob non factam certiorationem, inualidae* 891),
10. *vſurarum non promiſſarum,*
11. *fideiuſſionis tempore finito,*

12. *SCti*

888) In Saxonia vero ad heredes fideiuſſoris non tranſit, ſi debitor creditori in caſum mortis alium fideiuſſorem dare expreſſe promiſerit. CONST. EL. 20. *Part. II.* HOM.

889) In Saxon. fideiuſſor, ſi creditor debitori poſt terminum ſolutionis praeterlapſum moram conceſſit, non ſtatim liberatur ab obligatione, niſi ob certas cauſas. CONST. EL. *19.* *Part. II.* HOM.

890) Aut aduerſus debitorem principalem, aut aduerſus confideiuſſores in eo caſu, ſi plures fideiuſſores ſeſe expreſſe in ſolidum obligarunt. MAD.

891) Quoniam ad non cogitata non extenditur renunciatio. Diſtinguit autem cum aliis PVFFENDORF, *Tom. II. obſ. 54.* vtrum omnibus exceptionibus at-

T que

Digitized by Google

12. *SCti Velleiani* 892) & *Auth. ſi qua mulier C. ad SCt. Vellei.* 893)

13. *praeſcriptionis* 894).

Libellus.

Klaget, welchergeſtalt Sempronius die Oſtermeſſe 1745. ein Capital von 4000 Thlr. als ein Darlehn von Klägern erborget, und ſolches Oſtermeſſe 1747 nebſt denen landüblichen Intereſſen à 5 pro cent. wieder zu bezahlen verſprochen, Beklagter ſich auch zu mehrerer Sicherheit als Bürge, für die Bezahlung zu ſtehen, anheiſchig gemacht; Wann denn vom Sempronio ſo wenig die Zahlung des Capitals als derer Zinſen 895) erfolget, dieſer bereits bonis cediret, und zu deſſen Vermögen ein concurſus creditorum entſtanden, Beklagter aber als Bürge ſothanes Capital und aufgelaufene Intereſſen zu zahlen ſich verweigert; Als iſt rc.

Daß Beklagter die libellirten 4000 Thlr. Capital nebſt denen von 1745 Oſtermeſſe aufgelaufenen Intereſſen ſowol, als die verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

que beneficiis renunciatum ſit, an vero ſpecialiter beneficiis fideiuſſorum. Pr. in caſu renunciationem non valere, poſt. autem valere putat, niſi perſona ſit, cui ius ignorare licet. MAD.

In Saxon. vid. CONST. EL. 16. P. II. DECIS. EL. 25. & REG. XXIV. de an. 1746. HOM.

892) Si nempe contra foeminam fideiubentem agitur, quae beneficio SCti Vell. renuntiauit. MAD.

893) Haec tamen exceptio vxori tantum competit pro marito fideiubenti. MAD.

894) Add.
14. *nondum natae obligationis principalis,*
15. *nouationis.* HOM.

895) Ratione vſurarum, & quod excuſſionis beneficium propter concurſum non ſimpliciter ceſſet, repetenda ſunt, quæ not. 884. ad §. 5. & not. 885. ad §. 6. a nobis dicta ſunt. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM XII.

DE CONDICTIONE CERTI EX CHIROGRAPHO, ET QVERELA NON NVMERATAE PECVNIAE.

§. 1.

Contractus chirographarius 896) eſt litteralis; *quo quis, ſpe futurae numerationis, fatetur, ſe pecuniam accepiſſe, eamque ſe reſtituturum promittit* 897). De condiction. certi ex chirogr. indole §. 1-3.

§. 2.

Parit CONDICTIONEM CERTI EX CHIROGRAPHO, quae eſt *actio perſonalis, ciuilis, & datur creditori, cui chirographum eſt datum, aduerſus debitorem, ad illud, quod confeſſus eſt ſe accepiſſe, ſoluendum* 898).

§. 3.

Hunc contractum hodie plane adplicari non poſſe demonſtrare cupit 899) BOEHMER. *in Tract. de Action.*

896) Potius *contr. chirogr.* eſt ille contractus, *cuius obligatio ciuil. plena ex ſolo chirographo in cauſa mutui dato, lapſu autem biennii firmato oritur.* MAD.

897) Ad quam poſt biennium obligatur, licet nihil acceperit. HOM.

898) Fundamentum conſiſtit in litteris intra biennium non retractatis & in ſupina debitoris negligentia. HOM.

899) Sed omnino ſententia *Boehmeri* non adeo falſa eſt, prouti *Auctori* viſum. In Germ. enim poſt lapſum etiam biennii except. non numeratae pecuniae contra chirographum ex cauſa mutui datum admittitur, modo

Digitized by Google

Action. Sect. II. c. 8. ʃ. 60. hodie quippe chirographum non cauſam debendi, ſed modum probandi conſtituere docens, hinc nec querela non num. pec. in vſum reuocari debuiſſet. Cum autem nihilominus haec querela in vſu ſit 900), de ea breuius dicam. Copioſius rem expoſui in Diſſ. *de vera indole contractus chirographarii & exceptionis non numeratae pecuniae.*

DE

QVERELA NON NVMERATAE PECVNIAE.

§. 4.

Variis modis debitor, qui ſpe futurae numerationis chirographum dat, nec tamen pecuniam accepit, ſibi intra biennium proſpicere poteſt.

§. 5.

1. Per modum *exceptionis non numeratae pecuniae* 901) contra creditorem ex chirographo agentem

modo ipſe excipiens debitor huius exceptionis probationem in ſe ſuſcipere vult, quod ipſe *Auctor* §. 5. innuit. Proinde, ſi per obſeruantiam exceptio pecuniæ non numeratæ contra eiusmodi chirographum biennio antiquius admittitur, non poteſt quoque non condictio ex litteris in Germ. ceſſare, atque adeo proprie contractus chirographarius in Germ. non obuenit, quoniam ex iuris romani praeceptis exceptio non numeratæ pecuniæ contra chirographum biennio antiquius prorſus ceſſat. MAD.

900) Et in Sax. El. chirographum, licet cauſam debendi non contineat, ſit documentum guarentigionatum, ex quo executiue agi poſſit. ORD. PROC. REC. *App.* §. 5. HOM.

901) Sed non intuitu exceptionis non numeratæ pecuniæ ſolum, ſed etiam quoad prouocationem & condictio-

tem ſibi conſulit. Haec intra biennium oppoſita probari haud debet, creditor potius numerationem probare obſtringitur, *L. 14. C. de non num. pec. Poſt biennium iure ciuili plane non admittitur, ead. leg.* ſed per obſeruantiam locum habet, probatio vero tunc excepienti 902) incumbit 903).

dictionem ſine cauſa, vel cauſa data cauſa non ſecuta a debitore inſtituendam vſu fori receptum eſt, vt intuitu probandæ numerationis diſtinguatur, vel debitor exceptionem n. n. pec. opponit, aut prouocationem §. 7. aut condictiones inſtituit ante biennium, aut poſtquam biennium a tempore dati chirographi computandum elapſum eſt. Pr. in caſu creditor numerationem ſiue traditionem pecuniæ numeratæ aſſerens ſemper eam probare debet, ſalua debitoris reprobatione, quoniam chirographum tunc ſolum ad probationem mutui tendit, mutuum autem tamquam contractus realis rei traditionem ad ſuam eſſentiam requirit, & hæc eſt cauſa, quare haec exceptio n. n. p. priuilegiata audiat. Lege ſis *L. 4. 7. 8. 13. 14. C. de n. n. p.* Poſt. vero debitor excipiens aut actor *ex vſu fori* probationem non numeratae pecuniae ſuſcipere debet, atque exceptio non eſt priuilegiata, quum iure rom. nulla exceptio n. n. p. nullaque condictio aut querela amplius propter contractus chirographarii indolem admittebatur. Diximus *vſu fori*, ſi autem dicendum quod res eſt, præferenda eſſet ſine dubio diſpoſitio I. R. adeo vt ſatis incongrue dicatur, propter praeſumtiones ſecundum logices praecepta *iuſtius eſſe ius*, quo hodie contra I. R. vtimur. MAD.

902) Et non amplius eſt priuilegiata. CARPZOV. *Iurispr. For. Part. I. Conſt. 32. Def. 66.* LAVTERBACH. *Coll. Pand. Lib. XII. Tit. I. §. 81.* Sed diſſentit HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ. 250.* eam poſt biennium penitus excludens. HOM.

903) Quae omnia in Saxon. El. ſunt mutata per DECIS. REG. *XXIII. de ao. 1746.* vi cuius haec exceptio perpetua eſt, ſi per documenta probari poteſt, ſolutionem factam non eſſe. Si vero per teſtes, aut iusiurandum id probetur, intra quinquennium eſt agen-

Digitized by Google

§. 6.

2. Contra creditorem abſentem proteſtatione ſibi debitor conſulere poteſt contra lapſum biennii, *all. leg. 14. ſ. 4.* 904)

§. 7.

3. Prouocare poteſt creditorem ex *l. diffamari 5. C. de ingen. manum.* atque a prouocato adpoſita exceptione veritatis, atque producto chirographo, replicando vrgere poteſt, ſolutionem non eſſe factam.

§. 8.

4. Per condictionem ſine cauſa 905), vel cauſa data cauſa non ſecuta 906) repetere chirographum ipſi licet.

§. 9.

QVERELA NON NVMERATAE PECVNIAE eſt *actio perſonalis, quae datur illi, qui chirographum*

agendum, eo elapſo exſpirat. Deinde in hac exceptione onus probandi nunquam in creditorem, ſed ſemper in debitorem deuoluitur. Tum haec exceptio in proceſſu executiuo non aliter, niſi in continenti liquida ſit, locum habet, ſed in reconuentionem reiicitur. Vid. ORD. PROC. SAX. REC. *App.* §. 8.

Exceptio non numeratae dotis mox per annum, mox per tres menſes eſt opponenda, mox plane ceſſat. Vid. *Auth. quod locum C. de dote caut. non numerat. Novell. 100. cap. 2.*

Si creditor exceptionem non num. pec. apochae priuatae ſpe futurae numerationis debitori datae & productae opponere velit, intra 30. dies ſolum admittitur, *L. 14. §. 2. C. de non num. pec.* WINCKLER. *ad Berg. Oec. Iur. Lib. III. Tit. IV. th. 4. n. 10.* HOM.

904) Interpoſita ſcilicet apud quemcunque iudicem proteſtatione. MAD.

905) Si debitum iam eſt ſolutum, nec chirographum a creditore reſtitutum. HOM.

906) Si creditor promiſſam pecuniam non ſoluit. HOM.

phum dedit, aduerſus accipientem, ad hoc, vt probet numerationem eius, quod debitor confeſſus eſt in chirographo, factam eſſe 907).

§. 10.

Haec actio non *debitori* tantum, & *heredibus*, ſed *omnibus quoque, quorum intereſt, competit*, vt, fideiuſſoribus 908), creditoribus in concurſu creditorum.

§. 11.

Non tantum contra *accipientem* 909), ſed etiam contra *ceſſionarium* locum ſibi vindicat, *L. 8. C. eod.*

§. 12.

Finis tantum in eo conſiſtit, *vt creditor numerationem eſſe factam probet* 910). Per conſequentiam tamen ſimul ad ſolutionem dirigi petitum poteſt 911). Finis.

§. 13.

Duo huius actionis fundamenta ſunt: Fundamenta.

1. *datio chirographi*, quam negante reo probare debet actor,

907) Adeo, vt hac probatione deficiente, chirographum ipſi querenti ſeu actori reddatur, aut ſi reddere nolit, chirographo comprehenſum debitori enumeret. MAD.

908) Add. mandatoribus. HOM.

909) Eiusque heredes. HOM.

910) Eaque deficiente, *vt chirographum reddat*, & hic eſt finis principalis. Minus autem principalis directus eſt ad pecuniam conſequendam, adeo vt in hac alternatiua obligatione electio ſit creditoris, niſi per culpam atque moram ipſius factum ſit, vt numeratio non amplius debitori proſit. MAD.

911) In Saxon. El. debet, cum creditor ſolutionem non probat. DECIS. REG. *XXIII. de an. 1746.* HOM.

2. *numerationem non eſſe factam.* Hanc probare actor non tenetur, ſi intra biennium agat, vti ſupra dixi 912).

§. 14.

Durat haec querela, quatenus eſt priuilegiata *per biennium* 913) *L. 14. all.* quatenus vero non priuilegiata, per obſeruantiam *perpetua* eſt.

Secundum DEC. REG. SAX. *XXIII. de an. 1746.* tunc demum perpetua eſt, ſi per documentum probare velit, ſolutionem factam non eſſe. Sin vero per teſtes aut iuramentum probare intendat, *intra quinquennium* eſt agendum 914).

§. 15.

Except. oppon. Exceptiones deſeruiunt reo

1. *negotii a natura contractus chirographarii alieni* 915),
2. *numerationis factae* 916),
3. *tacitae agnitionis per ſolutionem partis, aut vſurarum, L. 4. C. de non num. pec.*

4. re-

912) Si autem poſt biennium agat, etiam actor numerationem non eſſe factam probare debet, ex eodem vſu forenſi, quem in antecedentibus ſpectauimus. MAD.
In Saxon. El. & in hac actione inſtituta onus probandi in debitorem indiſtincte deuoluitur. DECIS. REG. *XXIII. de an. 1746.* HOM.

913) Semper tantum aſſertio non numeratam eſſe pecuniam priuilegiata eſt in caſu, ſi chirographum ex cauſa mutui datum eſt, non vero ab onere probandi liberat, ſi chirographo ex alia cauſa v. c. emtionis, commodati, depoſiti, dato exceptio opponitur rei non traditae, aut ſpe futurae obligationis dati chirographi. Vid. WISSENB. & RAGVELL. *ad L. 13. & 14. h. t.* MAD.

914) Quae antea §. 5. not. 903. de praeſcriptione except. non numeratae dotis, non numeratae pecuniae a creditore oppoſitae dicta ſunt, & hic repetenda, ſi per modum actionis cauſa proponitur. HOM.

915) Cum ſit v. c. depoſitum, mandatum, transactio, *L. 11. & 14. §. 1. C. de non num. pec.* HOM.

916) In praeſentia teſtium, *Nouell. 73. cap. 2.* HOM.

4. *renunciationis* 917) *ex interuallo factae*, *L.* 14. §. 1. *C. eod.*
5. *numerationis iurato adſertae in chirographo* 918).
6. *praeſcriptionis.*

Libellus.

Bringet klagend an, was maßen er Beklagten bereits in der Michaelis-Meſſe 1747 eine Handſchrift wegen 1000 Thlr. erhaltenen Darlehns gegeben, und dieſes Capital nebſt landüblichen Intereſſen in der Michaelis-Meſſe jetztlaufenden Jahres wieder zu entrichten verſprochen; Wann aber die würkliche Zahlung dieſes Capitals bis dato nicht erfolget, Beklagter ſich auch, alles Erinnerns ohngeachtet, dazu nicht verſtehen will; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die Zahlung derer in der Handſchrift enthaltenen 1000 Thlr. zu erweiſen, in deſſen Ermangelung aber 919), dieſes Capital annoch Klägern auszuzahlen ſchuldig.

---

917) *Et agnitionis.* HOM.

918) Quae vero exceptio plane eſt ſpuria, & iam a LVDOV. *in doctr. Pand. Tit. de reb. cred.* §. 21. reiecta, quoniam debitor eadem facilitate ad iuramentum chirographo adiiciendum induci poteſt, qua inductus fuit, ad ipſum chirographum, ſub ſpe accipiendae pecuniae, creditori ante actualem numerationem exhibendum. Liquido id probatur *L.* 16. *C. h. t.* adeo vt mirari liceat de propoſitione *Auct.* legibus directo contraria. Vid. & PVFFEND. *Tom. I. obſ.* 64. §. 5. & 6. MAD.

Confer. CARPZOV. *Iuriſpr. for. Part. I. Conſt.* 32. *Def.* 65. HOM.

919) Potius: die Handſchrift Klägern ſo gleich wieder zu geben, oder das Capital annoch auszuzahlen ſchuldig, vid. not. 910. ad §. 12. Et ita fines & petitum ſatis ſeſe diſtinguunt a fine & petito in actione ex pacto de mutuando, quod in quantum obligationem producat, ex praxi Germaniae aeſtimandum eſt. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM XIII.
DE ACTIONIBVS EX CONTRACTIBVS INNOMINATIS.

§. 1.

De act. contr. innom. in genere §. 1-5. CONTRACTVS INNOMINATVS 920) eſt *pactum nudum reciprocum*, *per adimpletionem vnius confirmatum*, *eum*, *qui adimpletionem accepit*, *ex ſua parte ad promiſſionem adimplendam obligans* 921).

§. 2.

Generale fundamentum contractuum innominatorum eſt *adimpletio promiſſionis ex vna parte facta* 922).

§. 3.

Diuiduntur contractus innominati in *regulares* & *irregulares*, quorum *hi* ſunt, qui certam formam & normam 923) habent, ſed quia vnius adimpletionem requirunt, neque actiones in formulis continebantur, contractus innominati vocabantur 924). Quo per-

920) *Contr. innominatus* eſt *reciproca promiſſio*, *per implementum ab vna parte praeſtitum ad effectum obligandi confirmata*. Omnes contractus innominatos eſſe *vnilaterales* opinatur PAELICKE *p. 333.* §. 3. ſed in definitione vnilateralis contractus reſpicitur ſolum ad promiſſionem & acceptationem ab vtraque parte factam. MAD.

921) Siue conuentio cauſa gaudens. HOM.

922) Quae dicitur συναλλαγμα. HOM.

923) Add. certum & ſpecificum nomen. HOM.

924) Sed innominati ab eo potius dicti ſunt, quod nomen ſpecificum eiusdemque actionis cognomen in *Albo*

tinet *contractus aeſtimatorius* & *permutatorius* 925). *Regulares* ſunt, qui nec certam formam, nec certum ſpecificum nomen habent, e. g. *do vt des*, *do vt facias*, *facio vt des*, *facio vt facias* 926).

§. 4.

Ex contractibus innominatis oriuntur *actiones praeſcriptis verbis* 927), quae ſunt *perſonales*, *ciuiles*, & *dantur illi*, *qui in mutua promiſſione eam ex ſua parte adimpleuit, aduerſus alterum, qui hanc adimpletionem acceptauit*, *vt etiam ex ſua parte adimpleat promiſſum.*

§. 5.

Albo Praetoris acceperint, eisque certa formula actionis ibi adſcripta fuerit. NOODT. *de pact. & transact. c. 9. de* SELCHOW. *Antiquitt. Iur. Rom.* §. 754. Generalis igitur formula contractibus innominatis non data erat, ſed in quouis obuio caſu actio praeſcribebatur, vnde actio de praeſcriptis verbis audiebat, adeoque non cum *Auct.* putandum, horum actiones in formulis non contineri. Contractus igitur aeſtimatorius & permutatorius innominati erant, quoniam in Albo Praetoris nec nomine nec actione ſpecifica exſtarent, quod notandum contra IOH. ERN. FLOERCKE diſſ. *de contr. aeſtimatorio tamquam contractu nominato* Hal. 1756. licet vſu vulgari nomen aliquod deinde conſecutus ſit, & aeſtimatoria v. c. de praeſcriptis verbis dicatur, *L. 1. pr. ff. de aeſtim.* Plures autem ſunt actiones aeſtimatoriae v. c. actio aeſtimatoria quanti minoris, *L. 18. pr. L. 44. ff. de aed. ed.* aeſtimatoria iniuriarum, *L. 13. §. 1. ff. de act. emt. vend.* MAD.

925) Quibus DD. addunt: *cambialem*, *aſſecurationis* & *ſuffragii*. Vid. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VII. th. 4. 5. & 6.* HOM.

926) Quibus adhuc adnumerantur *negatiui* v. c. do ne des, vel ne facias, & *mixti* v. c. do, vt facias & des, *L. 13. §. 1. ff. de praeſcript. verb.* HOM.

927) Siue actiones in factum, *L. 22. ff. eod.* HOM.

Digitized by Google

§. 5.

Hodie denominatione contractuum innominatorum non amplius opus eſt 928), cum pacta nuda etiam obligatoria ſint 929); nec obſtat, quod hodie tamen requiratur vnius adimpletio. Nam hoc quoque in aliis contractibus ad inſtituendam actionem eſſe neceſſariam ſupra probaui 930).

DE

928) In libello quidem non, quoniam in eodem actio ſecundum ſuum nomen vt appelletur neceſſe non eſt, non vero ideo, quoniam omnia pacta, quae iure romano nuda i. e. absque obligatione ciuili plena relicta in Germania eſſent propterea veſtita atque plene obligatoria, quod nos ad *ſimplicitatem iuris naturalis* reuerſi eſſemus. Vtrumque autem negandum. Nam neque ex principiis veri iuris naturae demonſtrari poteſt, ex ſola promiſſione acceptata oriri obligationem ad adimplendum id, quod promiſſum eſt, licet ſemper obligationem pariant ad id refundendum, quatenus hoc noſtro facto aut damnum alteri intulimus, aut eum in iuribus ſuis liberis inpediuimus, neque *omnes* conuentiones apud nos plenam producere obligationem, defendere poſſumus, licet cumulus pactorum validorum in Germania ſit maior, quam Romae fuit. MAD.

929) Et producant condictionem ex moribus Germanorum. HOM.

930) Quamuis autem in ceteris contractibus plerumque agenti opponi poſſit exceptio non adimpleti contractus, ea tamen in eo caſu eſt ſolum *dilatoria*, quae ceſſat, ſimulac actor ex ſua parte deinceps implementum praeſtat, ſed in his actionibus praeſcriptis verbis eſt *peremtoria*, quum tantum ex implemento praeſtito obligatio alterius oriatur, indeque ſi ante actionem inſtitutam ſecutum non ſit, nulla quoque obligatio & actio datur, etiamſi a ſua parte, adimplere velit. MAD.

Digitized by Google

DE ACTIONE AESTIMATORIA.

§. 6.

CONTRACTVS AESTIMATORIVS, der Tröbel-contract, eſt *innominatus*, *b. f. quo res aeſtimata certo pretio vendenda* 931) *alteri* 932) *datur*, *vt accipiens vel pretium definitum ſoluat*, *vel rem* 933) *reſtituat* 934). De act. aeſtim. indole §. 6-8.

§. 7.

Oritur inde ACTIO AESTIMATORIA PRAESCRIPTIS VERBIS 935), quae eſt *ciuilis*, *perſonalis*, *& datur illi*, *qui rem certo pretio aeſtimatam vendendam dedit*, *aduerſus accipientem*, vel eius heredes, *ad rem vel pretium reſtituendum*.

§. 8.

Finis eſt, *vt* vel *rem*, vel *pretium reſtituat*, & in hac alternatiua electio eſt debitoris 936). Finis.

§. 9.

Fundamenta conſiſtunt in requiſitis contractus, quae ſunt De eius fundam. §. 9-12.

1. *vt res ſit data ad vendendum & ab altero accepta*. Iure rom. inuitus acceptare non debebat, quia erat pactum nudum. Hodie vero abs-

931) Potius: *quo res venditionis gratia aeſtimata* — nam ſiue vendat, ſiue non, perinde eſt, modo pretium conuentum ſoluat aut rem reſtituat. MAD.

932) Se ad id offerenti. HOM.

933) Add. *in ſpecie.* HOM.

934) Dicatur, qua ratione differat ab emtione, locatione, & mandato. Add. I. E. FLOERCKE diſſ. *de contractu aeſtimatorio tamquam contractu nominato.* HOM.

935) Siue DE AESTIMATO, *L.1. ff. de aeſtimat.* HOM.

936) Siue accipientis. HOM.

Digitized by Google

abſque dubio etiam ad acceptandam 937) rem actio competit, nimirum condictio ex moribus.

2. *vt res aeſtimata ſit venditionis, non taxationis gratia* 938),
3. *vt ea lege ſit data, vt alter* vel *rem*, vel *pretium dare teneatur*,
4. *vt accipiens dantem rogauerit, vt ipſi rem vendendam tradat*, quod ad eum effectum requiritur, vt accipiens, etiamſi res caſu fortuito perierit 939), tamen ad pretium dandum obli-

937) Intelligi debet *Auctor* de eo caſu, quo quis pactus eſt, ſe rem ſub obligatione aeſtimatoria accepturum eſſe, putatque adeo etiam ante traditionem eum obligatum eſſe, ad rem eo nexu accipiendam. Sed & in hoc caſu limpida iur. rom. principia ſolum eſſe adplicanda putamus, quum hoc quoque negotium ſingularem ex iur. rom. acceperit indolem vna cum ipſo iure receptam in Germania. Quod & praxis Germ. confirmat. COCCEII *Iur. contr. h. t. qu. 12.* Immo etiam ab iis defenditur, qui omnibus conuentionibus in Germ. valorem tribuunt, vid. IO. HENR. STVBLMANNI diſſ. *de dominio per contr. aeſtim. ante ſolutionem pretii in accipientem non translato* (Goett. 1770.) §. *9.* MAD.

938) Accipiens enim in hoc contractu fit dominus, & omne periculum ſuſtinet, *L. 1. ff. de aeſtimat.* I. H. BOEHMER. diſſ. *de translatione dominii in contractu aeſtimatorio.* Hal. 1703. Dans vero rem vindicare, aut praeferentiam, orto in bonis accipientis concurſu, prae aliis creditoribus vrgere nequit, arg. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. XLII.* pr. LEYSER. *ad ff. Spec. 221. Med. 3.* Contra ſentire videtur I. H. STVHLMANN. diſſ. not. praec. cit. HOM.

939) Vtrum hoc contractu dominium & periculum in accipientem transferatur, vehementer inter DD. diſceptatur. *Dominium transferri* contendit I. H. BOEHMER. diſſ. *de translatione dominii citat. de* CANNGIESSER. *Tom. I. p. 51.* & alii; negant autem COCCEII *I. C. h. t. qu. 2.* STVHLMANN. *diſſ. cit.* *Peri-*

Digitized by Google

obligetur 940), *L. 17. ſ. 1. ff. de praeſcript. verb. act.*

§. 10.

Haec requiſita *probanda ab actore ſunt negante reo.*

§. 11.

Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *contractus.* Locus tamen contractus ibi cenſetur, vbi adimpletio vnius facta eſt 941). **Iudex competens.**

§. 12.

Ad heredes vtrinque tranſit, & eſt *perpetua.*

§. 13.

Exceptiones ſunt **Except. oppon.**

1. *mandati tantum contracti,*
2. *locationis initae,*
3. *aeſtimationis haud factae,*

4. *rei*

Periculum in accipientem tranſire colligunt ex *L. 1. §. 1. h. t.* vbi VLP. *L. 32. ad Ed. Aeſtimatio autem periculum facit eius, qui ſuſcepit. Aut igitur ipſam rem debebit incorruptam reddere, aut aeſtimationem, de qua conuenit;* adduntque *L. 10. pr. §. 4. L. 14. 15. 16. ff.* & *L. 5. 10. C. de iur. dot.* Alii autem *periculum apud dantem manere, L. 17. §. 1. ff. de P. V.* vbi idem VLP. *L. 28. ad Edict. Si margarita tibi aeſtimata dedero, vt aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem; cuius periculum ſit? Et ait Labeo, quod & Pomponius ſcripſit, ſi quidem ego te venditor rogaui, meum eſſe periculum: ſi tu me, tuum; ſi neuter noſtrum ſed duntaxat conſenſimus teneri te hactenus, vt dolum & culpam mihi praeſtes. Actio autem ex hac cauſa vtique erit praeſcriptis verbis.* Varie hos textus explicant. Putarem autem antequam accipiens de ipſa re accepta diſpoſuit, periculum pertinere ad dantem, ſimulac autem diſpoſuerit, ad accipientem, in hocque caſu etiam adquiſiuiſſe dominium. MAD.

940) Cum accipiens dominus rei ſit factus. HOM.

941) Quia hoc ad perfectionem & exiſtentiam contractus requiritur. MAD.

4. *rei taxationis tantum cauſa aeſtimatae,*
5. *rei nondum traditae* 942),
6. *negotii ad rogationem actoris ſuſcepti,*
7. *rei caſu fortuito exſtinctae* 943),
8. *retentionis ob expenſas* 944) & *damna.*

Libellus.

Klaget, was maßen er Beklagten verwichene Michaelis-Meſſe einen Ring von 6 groſſen Rauten Diamanten 945) übergeben, dergeſtalt, daß Beklagter Klägern dafür entweder 200 Thlr. bringen, oder den Ring wieder einhändigen ſollte; Wann aber Beklagter, nachdem er von dieſer Meſſe wieder zurück gekommen, weder das determinirte Geld noch den Ring wieder eingehändiget; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter entweder den *libellirten* Ring, oder die *determinirte* 946) Kaufſumme derer 200 Thlr. nebſt dem *Intereſſe morae*, auch alle verurſachten Unkoſten zu erſtatten, ſchuldig 947).

DE

942) Et ſic deficientis fundamenti actionis. MAD.

943) Cum ita conuentum fuerit, ne accipiens caſum ferat. HOM.

944) Nimirum *neceſſarias*, non propter damna. MAD.

945) Addat. auf ſein Verlangen. HOM.

946) Potius: den determinirten Werth. MAD.

947) Hoc loco notandum, quod altera actio AESTIMATORIA ex hoc contractu fluens, *detur accipienti, eiusque heredibus, aduerſus dantem, eiusque heredes, ad mercedem promiſſam praeſtandam, & damna dolo & lata culpa data reſarcienda, L. 2. ff. de aeſtimatoria.* Quam actionem HEINECCIVS in *Pand. Part. III.* §. 342. & BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. VII. th.* 3. appellat CONTRARIAM, ſed rectius STRYCK. *de act. Sect. I. membr. 7.* §. 9. & HVBER. in *Prael. Pand. Lib. XIX. Tit. III.* §. 4. aeque DIRECTAM. HOM.

DE, ACTIONE PERMVTATORIA.

§. 14.

CONTRACTVS PERMVTATORIVS eſt *innominatus, b. f. quo res* 948) *pro re alteri datur* 949). De act. permut. indole §. 14-16.

§. 15.

ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS PERMVTATORIA eſt *perſonalis, b. f. quae datur illi, qui ex cauſa permutationis alteri dedit*, eiusque heredibus, *aduerſus accipientem*, & eius heredes, *ad rem promiſſam dandam.*

§. 16.

Tendit haec actio Finis.

1. *principaliter ad rem promiſſam tradendam* 950),
2. *ad intereſſe praeſtandum*, ſi vel res amplius dari nequeat, vel ſi, rem acceptam reſtituente reo, eo contentus actor eſſe velit, *L. 5. ſ. 1. ff. de praeſcr. verb.*
3. *ad euictionis praeſtationem.*

§. 17.

948) Quum de contractu permutatorio tanquam ſpecie contr. do vt des in genere, adeoque ab ipſo contr. do vt des in ſp. diuerſo loquatur *Auct.* in definitione addenda eſt differentia ſpecifica, ſcil. *quo res quoad proprietatem pro proprietate alterius rei datur.* Nam contractus do vt des in genere tanquam ſuas ſpecies comprehendit *contractum aeſtimatorium, permutatorium* & *do vt des in ſp.* qui adeſt 1) ſi res quoad proprietatem pro re quoad vſum datur, 2) ſi res quoad vſum pro vſu alterius rei datur. MAD.

949) Differt hic contr. a contractu do vt des, §. 28. *I. de act.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VII. th. 2. not.* Diſſentit vero LVDOVICI in *Pand. Lib. XIX. Tit. IV.* §. 1. & HEINECCIVS in *Pand. Part. III.* §. 343. *not.* HOM.

950) Licet res accepta caſu perierit, cum accipiens rei dominus factus. HOM.

Digitized by Google

§. 17.

Eius fundamenta.

Fundamenta ſunt

1. *conſenſus de re pro re tradenda* 951),

2. *vt actor ex ſua parte rem* 952) *iam tradiderit.* Hodie 953) tamen ſatis erit, ſi ſe offerat 954) in libello ex ſua parte. Quamuis alii tunc dicant, condictionem ex moribus dari, parum tamen intererit 955),

3. *quod res culpa* 956) *rei non amplius exiſtat* 957),

4. fundamenta euictionis 958) ſupra in venditione expo-

951) Obiectum contractus poteſt & eſſe res fungibilis, aut pecunia, cum in folle & in vtriusque vtilitatem datur. HOM.

952) Melius, *ſuam rem.* HOM.

953) Sed omnino hoc falſum eſt, ſecundum ea, quae not. 937. ad §. 9. ex vero iure Germ. a nobis adlata, adeoque ſi actor rem promiſſam nondum tradiderit reo, contractus innominatus plane non adeſt, adeoque plane mutatio & per conſequens nulla actio praeſcriptis verbis locum habet. MAD.

954) Ad rei traditionem. HOM.

955) Praeſertim cum nomen actionis in libello edere non neceſſarium. HOM.

956) Intellig. *leui.* HOM.

957) Quoniam interitu rei debitor ſpeciei liberatur ab obligatione rem reſtituendi. Et clare ait PAVLL. *L. 5. §. 1. ff. de praeſcr. verb. Sed ſi ſcyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praeſtare debes.* MAD.

958) Res euicta pro non tradita reputatur *L. 1. §. 2. h. t.* adeoque accipienti licere poenitere, vt & ſi vtraque res euincatur contractum reſolui cenſet OROZ. *de Apic. Iur. Ciu. Lib. III. cap. 5. 17. 18.* eamque eſſe cauſam, cur PAVLL. in *L. 1. §. 1.* non actionem praeſcriptis verbis, ſed in factum actionem dandam eſſe reſponderit, hancque in factum actionem eſſe condictionem cauſa data non ſecuta. MAD.

Digitized by Google

expoſita huc ſpectant, vid. *L. 2. ff. de rer. perm.* 959)

§. 18.

Exceptiones ſunt Except. oppon.

1. *rei nondum traditae,*
2. *rei alienae* 960) *traditae,*
3. *laeſionis ultra dimidium* 961),
4. *rei* 962) *caſu fortuito exſtinctae.*

Libellus.

Kläger bringet an, welchergeſtalt er mit Beklagten in einen Tauſchhandel ſich dergeſtalt eingelaſſen, daß Beklagter ihm ſein am Markte allhier zwiſchen N. und N. gelegenes Haus abzutreten, hingegen Klägers in der Heynſtraße, zwiſchen N. und N. liegendes Haus dafür anzunehmen, ſich verbunden; Nachdem nun Kläger ſein Haus Beklagten abzutreten ſich vielfältig erboten, und jederzeit erbötig iſt 963), Beklagter aber den getroffenen Tauſchhandel zu erfüllen ſich weigert; Als ꝛc.

Daß Beklagter ſein am Markte gelegenes Haus abzutreten, und dargegen Klägers Haus anzunehmen, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

V 2 DE

959) Haec actio tranſit ex utraque parte ad heredes, & eſt perpetua. HOM.

960) Add. *aut vitioſae.* HOM.

961) Quod ex noſtra ſententia ceſſat, ſecundum ea, quae *not. 708. ad §. 63. de act. vend.* diximus. MAD.

962) Add. *tradendae.* HOM.

963) Potius ſic: Da nun Kläger ſein Haus vor einiger Zeit Beklagten abgetreten, adeoque minus recte petitur deinde, und dagegen Klägers Haus anzunehmen — MAD.

DE RELIQVIS ACTIONIBVS EX CONTRACTIBVS INNOMINATIS REGVLARIBVS.

§. 1.

DO VT DES eſt 964) actio *praeſcriptis verbis, perſonalis, ciuilis, quae datur illi, qui ex cauſa mutuae promiſſionis dedit, aduerſus accipientem, vt vel eamdem rem, vel aliam, prout conuentum, praeſtet.*

§. 2.

DO VT FACIAS eſt 965) actio *perſonalis, quae datur illi, qui ex cauſa mutuae promiſſionis dedit, aduerſus accipientem, vt factum promiſſum praeſtet.*

§. 3.

FACIO VT FACIAS 966), *datur illi, qui ex cauſa mutuae promiſſionis quid fecit, aduerſus alterum, cui factum praeſtitum, vt etiam ex ſua parte factum praeſtet.*

§. 4.

FACIO VT DES 967), *datur illi, qui factum praeſtitit, aduerſus accipientem* 968), *vt rem, quam pro facto promiſit, tradat.*

§. 5.

Plures eius generis actiones praeſcriptis verbis denominari poſſunt, pro ratione diuerſarum promiſſionum. Probe

964) Melius: Ex contractu DO VT DES oritur &c. HOM.

965) Potius: Ex contractu DO VT FACIAS deſcendit actio *praeſcriptis verbis perſonalis* &c. HOM.

966) Ex contr. FACIO VT FACIAS oritur actio *praeſcriptis verbis perſonalis & datur* &c. HOM.

967) Ex contr. FACIO VT DES prouenit actio *eadem perſonalis & datur* &c. HOM.

968) Melius: aduerſus eum, *cui factum praeſtitum.* HOM.

Digitized by Google

Probe tamen cauendum eſt, ne alios contractus nominatos commiſceamus. Quo nomine legi meretur *L. 5. ſ. 1. ff. de praeſcr. verb.* 969)

§. 6.

Fundamenta harum actionum late ex ipſa definitione patent. Vnum tantum libellum adiiciam ex contractu innominato *facio vt facias*, ex quo exemplo facillimo negotio alii libelli confici poterunt.

Libellus.

Kläger bringet klagend an, welchergeſtalt, als er nebſt Beklagten bey der Hornvieh-Seuche dergeſtalt an Zugvieh entblößet geweſen, daß jeder nur einen einzigen Zugochſen übrig behalten, ſie mit einander, weil die Beſtellung der Felder herangerücket, dergeſtalt verabredet, daß ein jeder dem andern mit Vorſpannung ſeines Zugochſens das Feld beſtellen helfen ſolle. Ob nun wohl Kläger mit Vorſpannung ſeines Zugochſens Beklagtens ſämtliche Felder mit beſtellen helfen, ſo verweigert ſich dennoch Beklagter an ſeiner Seite das Verſprechen zu erfüllen, weshalb Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert ꝛc.

Daß Beklagter mit Vorſpannung ſeines Zugochſens Klägers ſämtliche Felder beſtellen zu helfen, auch alle durch dieſe Verweigerung verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

969) Quamuis in contractibus innominatis, *do vt des*, & *do vt facias*, is, qui dederat, contra accipientem iure rom. condictione cauſa data cauſa non ſecuta, ad rem datam reſtituendam vti poſſet, *L. 5. §. 2.* & *L. 7. ff. de praeſc. verb.* hodie tamen ceſſare poenitentiam & hanc actionem, bene docuit BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 6. n. 5.* WERNHER. *Part. II. Obſ. 380. n. 47. ſeqq.* Diſſentit CARPZOV. *Iurispr. For. Part. II. Conſt. 33. Def. 23.* HOMMEL *in Rhapſ. Iur. Obſ. 412.* HOM.

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM XIV.
DE
ACTIONIBVS EX QVASI CONTRACTV DESCENDENTIBVS.

DE ACTIONE TVTELAE DIRECTA ET CONTRARIA.

§. 1.

De quaſi contract. in gen. §. 1-4.

QVASI CONTRACTVS 970) eſt, *qui conſenſu praeſumto vel ficto conſtituitur.*

§. 2.

970) Sed omnis diſtinctio in contractus veros & quaſi contractus deſerenda eſt: 1) enim nunquam in legibus occurrit verbum *quaſi contractus*, ſed potius *quaſi ex contractu, & obligationes, quae quaſi ex contractibus deſcendunt*, L. 5. §. 3. *ff. de* O. *&* A. & *tit. I. de obligat. quae quaſi ex contr. naſc.* 2) Immo his LL. negatur expreſſe ex conſenſu oriri obligationem, neque adeo ex conſenſu praeſumto. 3) Obligantur etiam illi, qui nullius conſenſus capaces ſunt, v. c. infans, furioſus, mente captus, adeo vt abſurdum ſit, ſi quis horum conſenſum praeſumere velit, & quod magis eſt, 4) aliquando *prohibentis* negotia ita geruntur, vt obligatio quaſi ex mandato adſit: 5) conſenſus praeſumtus deſumeretur ab eo, qui tantum minus principaliter obligatur. 6) Et quid plura? Leges ad inducendam obligationem non opus habent, vt conſenſus eorum praeſumatur, adeo vt vera natura horum negotiorum ſit, quod ex hiſce obligatio deſcendat, quae quaſi ex contractu oritur i. e. quae ſimilis reputatur illi, quae ex contractu naſcitur. Eadem ratio eſt in *quaſi delictis*, vt vulgo perperam loquuntur; ſed vltra negotia in LL. determinata obligationem ſimilem ſeu quaſi ex contractu ſtatuere nobis non licet. Sunt autem haec negotia ſolum 1) *negotiorum geſtio*, 2) *tutelae adminiſtratio*, 3) *rei communis, tam rei hereditariae quam alius adminiſtratio*,

Digitized by Google

§. 2.

Maxima autem intereſt differentia inter conſenſum praeſumtum & fictum.

Praeſumtus conſenſus requirit

1. *factum, ex quo leges praeſumtionem conſenſus inducunt,*
2. *talem perſonam, quae expreſſe ſe obligare ſ. vere contrahere poteſt.*

Fictus conſenſus *nec factum* requirit, *nec perſonam* ad contrahendum habilem 971).

§. 3.

Remotum fundamentum quaſi contractuum eſt aequitas naturalis 972), vid. *L. 1. ſ. 4. ff. de obl. & act.* 973)

§. 4.

Sequentes actiones hac occaſione interpretabor:

1. ex adminiſtratione tutelae, *actionem tutelae directam & contrariam.*

 2. ex

tio, 4) *aditio hereditatis*, 5) *indebiti acceptatio*, 6) *litis conteſtatio:* adeo vt huc non pertineant obligatio inſtitoris aut exercitoris, aut receptum, aut quaſi pignus. Superſedere etiam tuto poſſumus, quidquid de *iuris expletione* obſcuriter philoſophantur. Quod ſi hoc ſit philoſophari, nae quisque ex plebe Philoſophus ſibi videri poſſit. MAD.

971) Et inducitur per legem. HOM.

972) Sed nihil in iſta L. de aequitate, quamuis aequum nunc ſit & fuiſſet, ſi ICtus putaſſet. MAD.

973) Potius eſt *L. 1. ſ. 1. ff. de oblig. & act.* Quae nititur his regulis: Nemo fiat locupletior ſine ratione cum alterius damno, *L. 14. ff. de cond. indeb.* Qui vult antecedens, non debet nolle conſequens; quisque videtur probare id, quod ſibi vtile eſt; quod tibi non nocet, & mihi prodeſt, ad id poteris compelli, *L. 2. §. 5. ff. de aqua & aquae pluu. arcendae.* HOM.

Digitized by Google

2. ex negotiorum geſtione, *actionem geſtorum directam & contrariam,*
3. ex vltimae voluntatis agnitione 974), *actionem ex teſtamento,*
4. ex indebiti ſolutione 975) *condictionem indebiti,*
5. ex receptione, *actionem de recepto* 976).

DE ACTIONE TVTELAE DIRECTA.

§. 1.

De act. tutr. dir. indole §. 1 - 6.

ADMINISTRATIO TVTELAE eſt *quaſi contractus* 977), *quo tutor & pupillus ſibi inuicem obligantur* 978). Ex indeque oritur actio *tutelae directa & contraria.*

§. 2.

ACTIO TVTELAE DIRECTA eſt *perſonalis, ciuilis, rei perſecutoria b. f. quae datur quondam pu-*

974) Potius ex aditione hereditatis, ex qua, virtute vltimae voluntatis validae, praeſtanda ſunt legatorum atque fideicommiſſorum onera. MAD.

975) Melius: ex indebiti ſoluti acceptatione. HOM.

976) Sunt tamen adhuc plures quaſi contractus, ut datio ob cauſam futuram honeſtam poſſibilem, ex qua condictio cauſa data, cauſa non ſecuta; datio ob turpem vel iniuſtam cauſam, ex qua condictio ob turpem vel iniuſtam cauſam; datio ſine cauſa, ex qua condictione ſine cauſa; communio hereditatis, ex qua actio familiae herciſc. communio rei ſingularis, inde actio communi diuidundo; finium confuſio, ex qua actio finium regundorum &c. Sed hae actiones partim in Digeſtis, partim infra copioſius explanantur. HOM.

977) Potius: fundamentum obligationis quaſi ex contractu inter pupillum atque tutorem. MAD.

978) Ad rationes reddendas, accepta reſtituenda, damna reſarcienda & e contrario ad indemnitatem praeſtandam. HOM.

pupillo, ac eius heredibus, aduerſus quondam tutorem, ac eius heredes, *ad tutelae rationes reddendas, reſiduum reſtituendum, & damna lata aut leui culpa data reſarcienda* 979).

§. 3.

Vtiliter ad eos, qui ſub cura fuerunt, adplicatur, vt *minores, prodigos, furioſos, L. 14. C. de adminiſtr. tut.* Non ad curam ſexus.

§. 4.

Hodie, durante etiam tutela, curatore ad litem conſtituto, agi poteſt 980).

§. 5.

Contra plures agitur *in ſolidum*, niſi diuiſa rite 981) ſint officia, *L. 2. C. de diuid. tut.* Competit tamen *beneficium excuſſionis, L. 3. §. 2. L. 39. §. 11. ff. de adminiſtr. tut.* & *diuiſionis, L. 1. §. 11. ff. de tut. vel rat. diſtr.*

§. 6.

Tendit haec actio — Finis.

1. *ad rationes reddendas, mediante inuentario,* vel *iurata ſpecificatione* 982),

979) Ab hac actione differt PRAEIVDICIALIS, quae a pupillo inſtituitur contra tutorem, ſi negat, ſe eſſe talem, & fluit ex ſtatu tutelari. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. I. Tit. IV. th. 5.* & *Lib. III. Tit. VI. th. 2.* HOM.

980) Quod ſecus iure rom. in tutela, *L. 9. §. 4. ff. de tut. & rat. diſtrah.* non in cura, *L. 16. §. 1. ff. eod.* Poteſt haec actio tanquam generalis & ſaepius inſtitui, vt agenti de diuerſa & noua ſpecie, vel praeſtatione non obſtet exceptio rei iudicatae, *L. 2. C. de iudic.* Imo & vni ex pluribus pupillis licet agere, nec ei recte opponitur exc. plurium litis conſortium. LEYSER. *ad ff. Spec. 339. Med. 4.* HOM.

981) A teſtatore, vel magiſtratu. HOM.

982) Quum hodie ſingulis annis actione directa agi poſſit, intuitu finis 1. 3. & 4. ſingulis etiam annis actio datur,

Digitized by Google

2. *ad reſidua reſtituenda,*
3. *ad vſuras praeſtandas, aliquando centeſimas* 983),
4. *ad damna reſarcienda* 984).

§. 7.

datur, ad reſidua vero reſtituenda tantum poſt finitam tutelam hodie agitur. MAD.

Hodie quotannis REC. IMPER. *de an.* 1548. & 1577. In Saxon. vid. CONST. EL. *XI. P. II.* A quibus pater, ſi liberi in eius poteſtate conſtituti ſunt, immunis eſt, ſolaque ſufficit conſignatio. DECIS. EL. 21. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. I. Tit. IV. th. 4. n. 2.* & *Lib. II. Tit. II. th. 33. n. 6.* ibidemque WINCKLER. HOM.

983) Si pecunias pupillares in ſuos vſus conuerterit, *L. 7. §. 4. & 10. ff. de adminiſtr. tut.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 316.* HOM.

Centeſimae ſecundum noſtrum loquendi morem eſſent 12 pr. C. quoniam ſingulis menſibus centeſima pars ſortis vſurae nomine ſoluebatur, GRONOV. *de ſeſtert. Lib. III. c. 13.* Hodie autem etiam in hoc caſu non vltra legitimam quantitatem hodiernam adiudicantur. In *L. 7. §. 11. L. 15. ff. de adminiſtr. tut.* legitimae vſurae ſignificant centeſimas, prout docuit NOODT *de vſur. & foen. Lib. II. c. 2.* Etiam vſuras de ſolutis ſibi vſuris tutor praeſtat, ſi in ſuis vſibus adplicuerit, *L. 7. §. 12. c.* ſed vt ipſe ICtus ait, ſortem conſtituunt, non autem vſuras vſurarum. MAD.

984) Sed tutoris obligatio ad damna reſarcienda ſolum vsque ad finitam tutelam porrigitur, non finita tutela. Si quid igitur damni contigit per ſuam culpam durante adminiſtratione, id reſarciendum eſt, quod autem contigit poſt finitam tutelam, licet culpa eius anteceſſiſſe videri poſſit, id non praeſtat, vt ecce in memorabili exemplo ante aliquot annos *noſtro Ordini* oblato, tutor mercatori, marito curandae pecuniam eius dotis loco tradiderat, absque hypotheca illi proſpecta, finita autem tutela maritus nondum erat obaeratus, ſed ſoluendo. Paullo poſt autem domum oppignorat, & deinde poſt aliquod interuallum in concurſum incidit, ex quo vxor nihil recepit, ſed ſecundum ſtatuta loci nudis chirographariis adnumeraba-

Digitized by Google

§. 7.

Fundamenta ſunt

Eius fundamenta.

1. *adminiſtratio tutelae*, it. *protutelae*,
2. *in ſolidum obligatio plurium tutorum*, quae, cum ex lege ſit, non eſt probanda,
3. *reliquos contutores non eſſe ſoluendo* 985), vel *difficulter conueniendo* 986),
4. *quod reſidua adſint*, *quae reſtituenda*, idque patebit ex inuentario, & redditis rationibus 987),
5. *ratione vſurarum quatuor ſunt fundamenta*, vel quod
   a. in propriam vtilitatem contulerit, vel
   b. negligens fuerit in elocando 988), vel

c. non

rabatur. Condemnarunt eum ICti Lipſienſis & Göttingenſes, nos autem eum liberauimus ex ea ratione decidendi, quoniam res curandi & ſecuritatem nominum tantum praeſtat tutor vsque ad finitam tutelam. MAD.

985) Quia alioquin iure recentiori per oppoſitam exc. benef. diuiſionis & certo modo etiam benef. ordinis, ſi nempe aduerſus tutorem honorarium actione tutelae agitur, actio ipſa facile pro parte non ſolum deſtrui, ſed etiam per ordinis exceptionem differri poſſit. MAD.

986) Quod alio modo locum habere nequit, niſi reliqui contutores ſint abſentes, ita vt locus, quo commorantur, aut plane remotus ſit aut ignoretur. MAD.

987) Addat. LEYSER. *ad Pand. Spec.* 677. HOM.

988) Ab initio adminiſtrationis poſt ſex menſes, *L.* 15. *ff. de adminiſtr. tut.* adminiſtratione ſemel ſuſcepta, poſt duos menſes, *L.* 7. §. 11. *ff. eod.* Praeſumitur vero tutoris negligentia tunc, ſi propriam pecuniam hoc tempore bene elocauerit, WERNHER. *Part. II. Obſ.* 478. HOM.

Digitized by Google

c. non rite depoſuerit pecuniam iudicialiter, vid. *L. 6. & 19. C. de vſur. L. 9. C. de ſolut.* vel denique

d. mora in reſtituendo [989].

6. *damnorum datio.* Vbi conſidera

a. *qualitatem*, quod ſcil. culpa leui in abſtracto [990] data ſint, *L. 1. ff. de tut. & rat. diſtr.* [991]

b. *quantitatem.*

§. 8.

Competens iudex eſt tantum iudex, *vbi adminiſtratio geſta*, *L. 1. C. vbi de ratiocin.* [992]

§. 9.

Durat *perpetuo*, termino a quo, a fine tutelae, vel curae computato.

§. 10.

Vtrinque ad heredes tranſit. Heredes tamen tutoris tantum ad latam culpam obſtringuntur [993], *L. 1. C. de hered. tut.*

§. 11.

989) Vſurae pupillares ex adminiſtratione tutelae debitae & vltra alterum tantum currunt, BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VIII. th. 10. n. 5.* nec non tutor ad vſuras vſurarum, quas ipſe pupillo debet, obligatur. WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 397.* L. MENCKEN. Diſp. *de tutore & curatore ad vſuras ex ſuo debito vſurarum obligato.* HOM.

990) Et concreto. HOM.

991) Confer. WINCKLER. ad *Bergeri Oec. Iur. Lib. I. Tit. IV. th. 10. n. 12.* Interdum & ad leuiſſimam tenetur, ſi aliis ſe obtruſerit, *§. 1. I. de ſatisdat. tut.* interdum tantum ad latam culpam, vid. BERGER. in *Oec. Iur. loc. cit.* HOM.

992) Et in foro domicilii poſt finitam tutelam, non vero durante ea. MAD.

Confer. in Sax. DECIS. EL. 36. qua idem, quod *Auctor* ſtatuit ſancitum. HOM.

993) Niſi lis cum defuncto conteſtata ſit, aut cum damno pupilli locupletiores facti C. THOMASII Diſp. *de culpa ab heredibus tutoris praeſtanda.* HOM.

Digitized by Google

§. 11.

Exceptiones adcommoda: Except. oppon.

1. *nondum finitae tutelae* 994),
2. *inuentarii confectionis in teſtamento prohibitae,*
3. *remiſſae in teſtamento rationis redditionis* 995). Vocatur hic *tutor aneclogiſtus* 996).
4. *totius patrimonii pupillaris conſumti,*
5. *damnorum culpa leui non datorum,*
6. *negotii decreto magiſtratus confirmati,*
7. *ratihabiti negotii, maiorennitate adepta,*
8. *excuſſionis,*
9. *diuiſionis,*
10. *deficientis occaſionis pecuniam ſecure elocandi,*
11. *pecuniae apud iudicem depoſitae* 997),

12. *pe-*

994) Bene vero exceptio in eo ſolum caſu locum habet, quo ad reſtitutionem bonorum agitur, quorum administrationem tutor habet, non vero locum habet, ſi ad rationes reddendas & damni illati reſtitutionem durante tutela agitur. MAD.

995) Sed & hae exceptiones 2. & 3. in Germ. ceſſare debent, quia omnes tutores apud nos a iudice confirmari debent, ſicque patre non amplius licet tutori teſtamentario confectionem inuentarii & rationes reddendas remittere, quoniam pupillus inde damnum irreparabile ſentire poteſt. MAD.

996) Conf. C. L. CRELL. Diſp. *de tutore aneclogiſto & quando rationes tutelae repoſci nequeant ad L. 5. §. 7. ff. de adminiſtr. tut.* & C. H. BREVNING. Diſp. *de tutore aneclogiſto ad rationes reddendas hodie obligato.* HOM.

997) Si nempe pecuniam elocandi nullam habuit occaſionem, indeque except. 10. & 11. erant coniungendae, ſed in terris Brandenburgicis ceſſat, quoniam ſemper elocandi occaſio adeſt in die Bank. MAD.

Digitized by Google

§. 17.

Eius fundamenta.

Fundamenta ſunt

1. *conſenſus de re pro re tradenda* 951),
2. *vt actor ex ſua parte rem* 952) *iam tradiderit.* Hodie 953) tamen ſatis erit, ſi ſe offerat 954) in libello ex ſua parte. Quamuis alii tunc dicant, condictionem ex moribus dari, parum tamen intererit 955),
3. *quod res culpa* 956) *rei non amplius exiſtat* 957),
4. fundamenta euictionis 958) ſupra in venditione expo-

951) Obiectum contractus poteſt & eſſe res fungibilis, aut pecunia, cum in folle & in vtriusque vtilitatem datur. HOM.

952) Melius, *ſuam rem.* HOM.

953) Sed omnino hoc falſum eſt, ſecundum ea, quae not. 937. ad §. 9. ex vero iure Germ. a nobis adlata, adeoque ſi actor rem promiſſam nondum tradiderit reo, contractus innominatus plane non adeſt, adeoque plane mutatio & per conſequens nulla actio praeſcriptis verbis locum habet. MAD.

954) Ad rei traditionem. HOM.

955) Praeſertim cum nomen actionis in libello edere non neceſſarium. HOM.

956) Intellig. *leui.* HOM.

957) Quoniam interitu rei debitor ſpeciei liberatur ab obligatione rem reſtituendi. Et clare ait PAVLL. L. 5. §. 1. *ff. de praeſcr. verb. Sed ſi ſcyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praeſtare debes.* MAD.

958) Res euicta pro non tradita reputatur L. 1. §. 2. h. t. adeoque accipienti licere poenitere, vt & ſi vtraque res euincatur contractum reſolui cenſet OROZ. *de Apic. Iur. Ciu. Lib. III. cap.* 5. 17. 18. eamque eſſe cauſam, cur PAVLL. in L. 1. §. 1. non actionem praeſcriptis verbis, ſed in factum actionem dandam eſſe reſponderit, hancque in factum actionem eſſe condictionem cauſa data non ſecuta. MAD.

Digitized by Google

expoſita huc ſpectant, vid. *L. 2. ff. de rer. perm.* 959)

§. 18.

Exceptiones ſunt

Except. oppon.

1. *rei nondum traditae,*
2. *rei alienae* 960) *traditae,*
3. *laeſionis vltra dimidium* 961),
4. *rei* 962) *caſu fortuito exſtinctae.*

Libellus.

Kläger bringet an, welchergeſtalt er mit Beklagten in einen Tauſchhandel ſich dergeſtalt eingelaſſen, daß Beklagter ihm ſein am Markte allhier zwiſchen N. und N. gelegenes Haus abzutreten, hingegen Klägers in der Heynſtraße, zwiſchen N. und N. liegendes Haus dafür anzunehmen, ſich verbunden; Nachdem nun Kläger ſein Haus Beklagten abzutreten ſich vielfältig erboten, und jederzeit erbötig iſt 963), Beklagter aber den getroffenen Tauſchhandel zu erfüllen ſich weigert; Als ꝛc.

Daß Beklagter ſein am Markte gelegenes Haus abzutreten, und dargegen Klägers Haus anzunehmen, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

V 2 DE

959) Haec actio tranſit ex vtraque parte ad heredes, & eſt perpetua. HOM.

960) Add. *aut vitioſae.* HOM.

961) Quod ex noſtra ſententia ceſſat, ſecundum ea, quae *not. 708. ad §. 63. de act. vend.* diximus. MAD.

962) Add. *tradendae.* HOM.

963) Potius ſic: Da nun Kläger ſein Haus vor einiger Zeit Beklagten abgetreten, adeoque minus recte petitur deinde, und dagegen Klägers Haus anzunehmen — MAD.

Digitized by Google

DE RELIQVIS ACTIONIBVS EX CONTRACTIBVS INNOMINATIS REGVLARIBVS.

§. 1.

DO VT DES eſt 964) actio *praeſcriptis verbis, perſonalis, ciuilis, quae datur illi, qui ex cauſa mutuae promiſſionis dedit, aduerſus accipientem, vt vel eamdem rem, vel aliam, prout conuentum, praeſtet.*

§. 2.

DO VT FACIAS eſt 965) actio *perſonalis, quae datur illi, qui ex cauſa mutuae promiſſionis dedit, aduerſus accipientem, vt factum promiſſum praeſtet.*

§. 3.

FACIO VT FACIAS 966), *datur illi, qui ex cauſa mutuae promiſſionis quid fecit, aduerſus alterum, cui factum praeſtitum, vt etiam ex ſua parte factum praeſtet.*

§. 4.

FACIO VT DES 967), *datur illi, qui factum praeſtitit, aduerſus accipientem* 968), *vt rem, quam pro facto promiſit, tradat.*

§. 5.

Plures eius generis actiones praeſcriptis verbis denominari poſſunt, pro ratione diuerſarum promiſſionum. Probe

964) Melius: Ex contractu DO VT DES oritur &c. HOM.

965) Potius: Ex contractu DO VT FACIAS deſcendit actio *praeſcriptis verbis perſonalis* &c. HOM.

966) Ex contr. FACIO VT FACIAS oritur actio *praeſcriptis verbis perſonalis & datur* &c. HOM.

967) Ex contr. FACIO VT DES prouenit actio *eadem perſonalis & datur* &c. HOM.

968) Melius: aduerſus eum, *cui factum praeſtitum.* HOM.

Digitized by Google

Probe tamen cauendum eſt, ne alios contractus nominatos commiſceamus. Quo nomine legi meretur *L. 5. ſ. 1. ff. de praeſcr. verb.* 969)

§. 6.

Fundamenta harum actionum late ex ipſa definitione patent. Vnum tantum libellum adiiciam ex contractu innominato *facio vt facias*, ex quo exemplo facillimo negotio alii libelli confici poterunt.

Libellus.

Kläger bringet klagend an, welchergeſtalt, als er nebſt Beklagten bey der Hornvieh-Seuche dergeſtalt an Zugvieh entblößet geweſen, daß jeder nur einen einzigen Zugochſen übrig behalten, ſie mit einander, weil die Beſtellung der Felder herangerücket, dergeſtalt verabredet, daß ein jeder dem andern mit Vorſpannung ſeines Zugochſens das Feld beſtellen helfen ſolle. Ob nun wohl Kläger mit Vorſpannung ſeines Zugochſens Beklagtens ſämtliche Felder mit beſtellen helfen, ſo verweigert ſich dennoch Beklagter an ſeiner Seite das Verſprechen zu erfüllen, weshalb Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert ꝛc.

Daß Beklagter mit Vorſpannung ſeines Zugochſens Klägers ſämtliche Felder beſtellen zu helfen, auch alle durch dieſe Verweigerung verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

---

969) Quamuis in contractibus innominatis, *do vt des*, & *do vt facias*, is, qui dederat, contra accipientem iure rom. condictione cauſa data cauſa non ſecuta, ad rem datam reſtituendam vti poſſet, *L. 5. §. 2.* & *L. 7. ff. de praeſc. verb.* hodie tamen ceſſare poenitentiam & hanc actionem, bene docuit BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 6. n. 3.* WERNHER. *Part. II. Obſ. 380. n. 47. ſeqq.* Diſſentit CARPZOV. *Iuriſpr. For. Part. II. Conſt. 33. Def. 23.* HOMMEL in *Rhapſ. Iur. Obſ. 413.* HOM.

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM XIV.

DE ACTIONIBVS EX QVASI CONTRACTV DESCENDENTIBVS.

DE ACTIONE TVTELAE DIRECTA ET CONTRARIA.

§. 1.

De quaſi contract. in gen. §. 1-4.

QVASI CONTRACTVS 970) est, *qui conſenſu praeſumto vel ficto conſtituitur.*

§. 2.

970) Sed omnis diſtinctio in contractus veros & quaſi contractus deſerenda eſt: 1) enim nunquam in legibus occurrit verbum *quaſi contractus*, ſed potius *quaſi ex contractu, & obligationes, quae quaſi ex contractibus deſcendunt*, L. 5. §. 3. *ff. de* O. & A. & *tit.* I. *de obligat. quae quaſi ex contr. naſc.* 2) Immo his LL. negatur expreſſe ex conſenſu oriri obligationem, neque adeo ex conſenſu praeſumto. 3) Obligantur etiam illi, qui nullius conſenſus capaces ſunt, v. c. infans, furioſus, mente captus, adeo vt abſurdum ſit, ſi quis horum conſenſum praeſumere velit, & quod magis eſt, 4) aliquando *prohibentis* negotia ita geruntur, vt obligatio quaſi ex mandato adſit: 5) conſenſus praeſumtus deſumeretur ab eo, qui tantum minus principaliter obligatur. 6) Et quid plura? Leges ad inducendam obligationem non opus habent, vt conſenſus eorum praeſumatur, adeo vt vera natura horum negotiorum ſit, quod ex hiſce obligatio deſcendat, quae quaſi ex contractu oritur i. e. quae ſimilis reputatur illi, quae ex contractu naſcitur. Eadem ratio eſt in *quaſi delictis*, vt vulgo perperam loquuntur; ſed vltra negotia in LL. determinata obligationem ſimilem ſeu quaſi ex contractu ſtatuere nobis non licet. Sunt autem haec negotia ſolum 1) *negotiorum geſtio*, 2) *tutelae adminiſtratio*, 3) *rei communis, tam rei hereditariae quam alius adminiſtratio*,

§. 2.

Maxima autem intereſt differentia inter conſenſum praeſumtum & fictum.

Praeſumtus conſenſus requirit

1. *factum, ex quo leges praeſumtionem conſenſus inducunt,*
2. *talem perſonam, quae expreſſe ſe obligare ſ. vere contrahere poteſt.*

Fictus conſenſus *nec factum* requirit, *nec perſonam* ad contrahendum habilem 971).

§. 3.

Remotum fundamentum quaſi contractuum eſt aequitas naturalis 972), vid. *L. 1. ſ. 4. ff. de obl. & act.* 973)

§. 4.

Sequentes actiones hac occaſione interpretabor:

1. ex adminiſtratione tutelae, ***actionem tutelae directam & contrariam.***

tio, 4) *aditio hereditatis*, 5) *indebiti acceptatio*, 6) *litis conteſtatio:* adeo vt huc non pertineant obligatio inſtitoris aut exercitoris, aut receptum, aut quaſi pignus. Superſedere etiam tuto poſſumus, quidquid de *iuris expletione* obſcuriter philoſophantur. Quod ſi hoc ſit philoſophari, nae quisque ex plebe Philoſophus ſibi videri poſſit. MAD.

971) Et inducitur per legem. HOM.

972) Sed nihil in iſta L. de aequitate, quamuis aequum nunc ſit & fuiſſet, ſi ICtus putaſſet. MAD.

973) Potius eſt *L. 1. ſ. 1. ff. de oblig. & act.* Quae nititur his regulis: Nemo fiat locupletior ſine ratione cum alterius damno, *L. 14. ff. de cond. indeb.* Qui vult antecedens, non debet nolle conſequens; quisque videtur probare id, quod ſibi vtile eſt; quod tibi non nocet, & mihi prodeſt, ad id poteris compelli, *L. 2. §. 5. ff. de aqua & aquae pluu. arcendae.* HOM.

2. ex negotiorum geſtione, *actionem geſtorum directam & contrariam*,
3. ex vltimae voluntatis agnitione 974), *actionem ex teſtamento*,
4. ex indebiti ſolutione 975) *condictionem indebiti*,
5. ex receptione, *actionem de recepto* 976).

DE ACTIONE TVTELAE DIRECTA.

§. 1.

De act. tut. dir. indole §. 1-6. ADMINISTRATIO TVTELAE eſt *quaſi contractus* 977), *quo tutor & pupillus ſibi inuicem obligantur* 978). Ex indeque oritur actio *tutelae directa & contraria*.

§. 2.

ACTIO TVTELAE DIRECTA eſt *perſonalis*, *ciuilis*, *rei perſecutoria b. f. quae datur quondam pu-*

974) Potius ex aditione hereditatis, ex qua, virtute vltimae voluntatis validae, praeſtanda ſunt legatorum atque fideicommiſſorum onera. MAD.

975) Melius: ex indebiti ſoluti acceptatione. HOM.

976) Sunt tamen adhuc plures quaſi contractus, ut datio ob cauſam futuram honeſtam poſſibilem, ex qua condictio cauſa data, cauſa non ſecuta; datio ob turpem vel iniuſtam cauſam, ex qua condictio ob turpem vel iniuſtam cauſam; datio ſine cauſa, ex qua condictione ſine cauſa; communio hereditatis, ex qua actio familiae herciſc. communio rei ſingularis, inde actio communi diuidundo; finium confuſio, ex qua actio finium regundorum &c. Sed hae actiones partim in Digeſtis, partim infra copioſius explanantur. HOM.

977) Potius: fundamentum obligationis quaſi ex contractu inter pupillum atque tutorem. MAD.

978) Ad rationes reddendas, accepta reſtituenda, damna reſarcienda & e contrario ad indemnitatem praeſtandam. HOM.

Digitized by Google

pupillo, ac eius heredibus, aduerſus quondam tutorem, ac eius heredes, ***ad tutelae rationes reddendas, reſiduum reſtituendum, & damna lata aut leui culpa data reſarcienda*** 979).

§. 3.

Vtiliter ad eos, qui ſub cura fuerunt, adplicatur, vt ***minores, prodigos, furioſos, L. 14. C. de adminiſtr. tut.*** Non ad curam ſexus.

§. 4.

Hodie, durante etiam tutela, curatore ad litem conſtituto, agi poteſt 980).

§. 5.

Contra plures agitur ***in ſolidum***, niſi diuiſa rite 981) ſint officia, ***L. 2. C. de diuid. tut.*** Competit tamen *beneficium excuſſionis, L. 3. ſ. 2. L. 39. ſ. 11. ff. de adminiſtr. tut.* & ***diuiſionis, L. 1. ſ. 11. ff. de tut. vel rat. diſtr.***

§. 6.

Tendit haec actio **Finis.**

1. ***ad rationes reddendas, mediante inuentario,*** vel ***iurata ſpecificatione*** 982),

V 5 **2. *ad***

979) Ab hac actione differt PRAEIVDICIALIS, quae a pupillo inſtituitur contra tutorem, ſi negat, ſe eſſe talem, & fluit ex ſtatu tutelari. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. I. Tit. IV. th. 5.* & *Lib. III. Tit. VI. th. 2.* HOM.

980) Quod ſecus iure rom. in tutela, *L. 9. §. 4. ff. de tut. & rat. diſtrah.* non in cura, *L. 16. §. 1. ff. eod.* Poteſt haec actio tanquam generalis & ſaepius inſtitui, vt agenti de diuerſa & noua ſpecie, vel praeſtatione non obſtet exceptio rei iudicatae, *L. 2. C. de iudic.* Imo & vni ex pluribus pupillis licet agere, nec ei recte opponitur exc. plurium litis conſortium. LEYSER. *ad ff. Spec. 329. Med. 4.* HOM.

981) A teſtatore, vel magiſtratu. HOM.

982) Quum hodie ſingulis annis actione directa agi poſſit, intuitu finis 1. 3. & 4. ſingulis etiam annis actio datur,

2. *ad reſidua reſtituenda,*
3. *ad vſuras praeſtandas, aliquando centeſimas* 983),
4. *ad damna reſarcienda* 984).

§. 7.

datur, ad reſidua vero reſtituenda tantum poſt finitam tutelam hodie agitur. MAD.

Hodie quotannis REC. IMPER. *de an. 1548. & 1577.* In Saxon. vid. CONST. EL. *XI. P. II.* A quibus pater, ſi liberi in eius poteſtate conſtituti ſunt, immunis eſt, ſolaque ſufficit conſignatio. DECIS. EL. 21. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. I. Tit. IV. th. 4. n. 2.* & *Lib. II. Tit. II. th. 33. n. 6.* ibidemque WINCKLER. HOM.

983) Si pecunias pupillares in ſuos vſus conuerterit, *L. 7. §. 4. & 10. ff. de adminiſtr. tut.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 316.* HOM.

Centeſimae ſecundum noſtrum loquendi morem eſſent 12 pr. C. quoniam ſingulis menſibus centeſima pars ſortis vſurae nomine ſoluebatur, GRONOV. *de ſeſtert. Lib. III. c. 13.* Hodie autem etiam in hoc caſu non vltra legitimam quantitatem hodiernam adiudicantur. In *L. 7. §. 11. L. 15. ff. de adminiſtr. tut.* legitimae vſurae ſignificant centeſimas, prout docuit NOODT *de vſur. & foen. Lib. II. c. 2.* Etiam vſuras de ſolutis ſibi vſuris tutor praeſtat, ſi in ſuis vſibus adplicuerit, *L. 7. §. 12. c.* ſed vt ipſe ICtus ait, ſortem conſtituunt, non autem vſuras vſurarum. MAD.

984) Sed tutoris obligatio ad damna reſarcienda ſolum vsque ad finitam tutelam porrigitur, non finita tutela. Si quid igitur damni contigit per ſuam culpam durante adminiſtratione, id reſarciendum eſt, quod autem contigit poſt finitam tutelam, licet culpa eius anteceſſiſſe videri poſſit, id non praeſtat, vt ecce in memorabili exemplo ante aliquot annos *noſtro Ordini* oblato, tutor mercatori marito curandae pecuniam eius dotis loco tradiderat, absque hypotheca illi proſpecta, finita autem tutela maritus nondum erat obaeratus, ſed ſoluendo. Paullo poſt autem domum oppignorat, & deinde poſt aliquod interuallum in concurſum incidit, ex quo vxor nihil recepit, ſed ſecundum ſtatuta loci nudis chirographariis adnumeraba-

Digitized by Google

§. 7.

Fundamenta ſunt

Eius fundamenta.

1. *adminiſtratio tutelae*, it. *protutelae*,
2. *in ſolidum obligatio plurium tutorum*, quae, cum ex lege ſit, non eſt probanda,
3. *reliquos contutores non eſſe ſoluendo* 985), vel *difficulter conueniendo* 986),
4. *quod reſidua adſint*, *quae reſtituenda*, idque patebit ex inuentario, & redditis rationibus 987),
5. *ratione vſurarum quatuor ſunt fundamenta*, vel quod
   a. in propriam vtilitatem contulerit, vel
   b. negligens fuerit in elocando 988), vel

c. non

rabatur. Condemnarunt eum ICti Lipſienſis & Göttingenſes, nos autem eum liberauimus ex ea ratione decidendi, quoniam res curandi & ſecuritatem nominum tantum praeſtat tutor vsque ad finitam tutelam. MAD.

985) Quia alioquin iure recentiori per oppoſitam exc. benef. diuiſionis & certo modo etiam benef. ordinis, ſi nempe aduerſus tutorem honorarium actione tutelae agitur, actio ipſa facile pro parte non ſolum deſtrui, ſed etiam per ordinis exceptionem differri poſſit. MAD.

986) Quod alio modo locum habere nequit, niſi reliqui contutores ſint abſentes, ita vt locus, quo commorantur, aut plane remotus ſit aut ignoretur. MAD.

987) Addat. LEYSER. *ad Pand. Spec.* 677. HOM.

988) Ab initio adminiſtrationis poſt ſex menſes, *L.* 15. *ff. de adminiſtr. tut.* adminiſtratione ſemel ſuſcepta, poſt duos menſes, *L.* 7. §. 11. *ff. eod.* Praeſumitur vero tutoris negligentia tunc, ſi propriam pecuniam hoc tempore bene elocauerit, WERNHER. *Part. II. Obſ.* 478. HOM.

Digitized by Google

c. non rite depoſuerit pecuniam iudicialiter, vid. *L. 6. & 19. C. de vſur. L. 9. C. de ſolut.* vel denique

d. mora in reſtituendo 989).

6. *damnorum datio.* Vbi conſidera

a. *qualitatem*, quod ſcil. culpa leui in abſtracto 990) data ſint, *L. 1. ff. de tut. & rat. diſtr.* 991)

b. *quantitatem.*

§. 8.

Competens iudex eſt tantum iudex, *vbi adminiſtratio geſta*, *L. 1. C. vbi de ratiocin.* 992)

§. 9.

Durat *perpetuo*, termino a quo, a fine tutelae, vel curae computato.

§. 10.

Vtrinque ad heredes tranſit. Heredes tamen tutoris tantum ad latam culpam obſtringuntur 993), *L. 1. C. de hered. tut.*

§. 11.

989) Vſurae pupillares ex adminiſtratione tutelae debitae & vltra alterum tantum currunt, BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VIII. th. 10. n. 5.* nec non tutor ad vſuras vſurarum, quas ipſe pupillo debet, obligatur. WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 397.* L. MENCKEN. Diſp. *de tutore & curatore ad vſuras ex ſuo debito vſurarum obligato.* HOM.

990) Et concreto. HOM.

991) Confer. WINCKLER. ad *Bergeri Oec. Iur. Lib. I. Tit. IV. th. 10. n. 12.* Interdum & ad leuiſſimam tenetur, ſi aliis ſe obtruſerit, §. *1. I. de ſatisdat. tut.* interdum tantum ad latam culpam, vid. BERGER. in *Oec. Iur. loc. cit.* HOM.

992) Et in foro domicilii poſt finitam tutelam, non vero durante ea. MAD.

Confer. in Sax. DECIS. EL. *36.* qua idem, quod *Auctor* ſtatuit ſancitum. HOM.

993) Niſi lis cum defuncto conteſtata ſit, aut cum damno pupilli locupletiores facti C. THOMASII Diſp. *de culpa ab heredibus tutoris praeſtanda.* HOM.

Digitized by Google

§. 11.

Exceptiones adcommoda: Except. oppon.

1. *nondum finitae tutelae* 994),
2. *inuentarii confectionis in teſtamento prohibitae*,
3. *remiſſae in teſtamento rationis redditionis* 995). Vocatur hic *tutor aneclogiſtus* 996).
4. *totius patrimonii pupillaris conſumti*,
5. *damnorum culpa leui non datorum*,
6. *negotii decreto magiſtratus confirmati*,
7. *ratihabiti negotii*, *maiorennitate adepta*,
8. *excuſſionis*,
9. *diuiſionis*,
10. *deficientis occaſionis pecuniam ſecure elocandi*,
11. *pecuniae apud iudicem depoſitae* 997),

12. *pe-*

994) Bene vero exceptio in eo ſolum caſu locum habet, quo ad reſtitutionem bonorum agitur, quorum adminiſtrationem tutor habet, non vero locum habet, ſi ad rationes reddendas & damni illati reſtitutionem durante tutela agitur. MAD.

995) Sed & hae exceptiones 2. & 3. in Germ. ceſſare debent, quia omnes tutores apud nos a iudice confirmari debent, ſicque patre non amplius licet tutori teſtamentario confectionem inuentarii & rationes reddendas remittere, quoniam pupillus inde damnum irreparabile ſentire poteſt. MAD.

996) Conf. C. L. CRELL. Diſp. *de tutore aneclogiſto & quando rationes tutelae repoſci nequeant ad L. 5. §. 7. ff. de adminiſtr. tut.* & C. H. BREVNING. Diſp. *de tutore aneclogiſto ad rationes reddendas hodie obligato.* HOM.

997) Si nempe pecuniam elocandi nullam habuit occaſionem, indeque except. 10. & 11. erant coniungendae, ſed in terris Brandenburgicis ceſſat, quoniam ſemper elocandi occaſio adeſt in die Bank. MAD.

Digitized by Google

12. *pecuniam magiſtratus decreto ad meos vſus adhibui* 998).

13. *praeſcriptionis* 999).

Libellus.

Kläger ſtellet klagend vor, welchergeſtalt Beklagter ſeit Klägers Minderjährigkeit von an. 1738. bis hieher die Vormundſchaft geführet; Wann aber Kläger bereits den 1 Febr. 1747. zu ſeiner Majorennität gelanget, mithin die Vormundſchaft zu Ende gegangen, und Beklagter gleichwohl bis hieher die Vormundſchaftsrechnung 1000) abzulegen ſich weigert; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter von der geführten Vormundſchaft Rechnung vermittelſt eines zu rechtbeſtändigen *Inuentarii*, oder in deſſen Ermangelung einer eidlichen *Specification* abzulegen, das vorhandene Vermögen Klägern zu *extradi*ren ſo wol, als alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig 1001).

DE

998) Quod tamen decretum magiſtratus tutorem ab vſuris compenſatoriis non liberare poteſt, quamuis illi proficuum ſit, intuitu vſurarum ex mora venientium. MAD.

999) Scil. XXX ann. poſt finitam aut depoſitam tutelam, & quamuis hodie durante etiam tutela inſtitui poſſit, tamen initium praeſcriptionis ante finitam tutelam non incipit. MAD.

Addat.

14. *except. retentionis.* HOM.

1000) Et ſecundum praxin Germaniae: die lezte Vormundſchaftsrechnung abzulegen ſich weigert. MAD.

1001) Hoc loco notandum, quod pupillo & minori adhuc aliae dentur actiones, ut 1) *de rationibus diſtrahendis* contra tutorem, non eius heredem, qui doloſe &

Digitized by Google

DE ACTIONE TVTELAE CONTRARIA.

§. 12.

Haec eſt actio *perſonalis*, *ciuilis*, *quae datur quondam tutori*, & eius heredibus, *aduerſus quondam pupillum*, aut eius heredes, *ad indemnitatem praeſtandam* 1002). De act. tut. contrariae indole §. 12-16.

§. 13.

Plures pupilli *non in ſolidum*, ſed *pro rata tantum* obligantur.

§. 14.

Finis eſt, vt indemnitatem conſequatur, vnde datur Finis.

1. *ad impenſas neceſſarias & vtiles cum vſuris reſtituendas* 1003),
2. *ad liberandum tutorem*, ſi vel ſe, vel ſua bona pro pupillo obligauerit 1004),
3. *ad ſalarium dandum*, ſi vel teſtator, vel iudex, vel leges aut ſtatuta ſpecialia hoc determinent 1005),

4. *ad*

& furandi animo quaedam intercepit, ad duplum pretii rei interceptae conſequendum, *L. 1. §. 19. ſeqq. ff. de tut. & rat. diſtrah.* 2) *in factum*, contra falſum tutorem, ad omne intereſſe intra annum, *L. 7. §. 2. L. 9. §. 1. L. 11. pr. ff. quod falſ. tut.* 3) *de magiſtratibus conueniendis*, qui in dandis tutoribus culpam leuem commiſerunt, *L. 1. & 5. C. de conuen. magiſtr.* Add. G. C. GEBAVER. diſſ. *de action. tutelae aduerſus magiſtratum.* HOM.

1002) *Vtilis* datur quondam curatori contra minorem &c. ad idem. HOM.

1003) Niſi eas ſibi ſoluere potuerit ex ſubſtantia pupilli, *L. 3. §. 5.* & *L. 9. §. 5. ff. de adminiſtr. tut.* HOM.

1004) In eo caſu, quo aut vtiliter negotia pupilli geſſit, aut ad ſe obligandum pro pupillo ex legis neceſſitate tenetur. MAD.

1005) Vid. MENCKEN. diſſ. *de ſalario tutorum & curatorum.* HOM.

Digitized by Google

4. *ad liberationem a tutelae obligatione per quittantiam* 1006) non quidem iure ciuili, *L. 3. §. 1. ff. de contr. tut. & vtil. act.* 1007) ſed iure hodierno.

§. 15.

De eius fundam. Quod fundamenta attinet, partim in priori actione expoſita huc ſpectant; partim ipſi fines ea abunde demonſtrant 1008).

§. 16.

Except. oppon. Exceptiones ſunt:

1. *impenſarum inutilium & immodicarum,*
2. *voluptuariarum,*
3. *compenſationis cum damnis datis,*
4. *ipſe non ſoles pecuniam foenori exponere* 1009),
5. *ſalarii nec conſtituti, nec conſueti* 1010).

SECT.

1006) Siue apocham a maiore nunc facto pupillo, coram iudicio tutelari dandam, qua data, quoad rationes reddendas, extinguitur actio directa, non vero quoad reſpicit damna reſarcienda. MAD.

1007) Confer. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 2. n. 6.* HOM.

1008) Haec actio & in foro geſtae adminiſtrationis eſt inſtituenda, arg. DECIS. SAX. EL. *36.* LEYSER. *ad Pand. Spec. 340. Corol. 1.* HOM.

1009) Sed haec exceptio noſtra ex ſententia ceſſat. Inde enim, quod aliquando ſortem abſque vſuris alii crediderim, aut pecuniam elocare non conſuetus ſim, non recte argumentum duci poteſt, vt etiam in omnibus ceteris caſibus vſuras exigere non poſſim. Et *L. 13. §. 1. ff. de vſur.* ſolum loquitur de mandante aut negotiorum domino, qui tunc vſuras a mandatario aut negotiorum geſtore petere nequit, ſi ipſe foenerari non ſolet, & *L. 12. ff. de pign. act.* de procuratore aut adminiſtratore vniuerſorum bonorum aſſerit, eum pignoratitia actione agi, ſi permittere conſueuerit ſub pignore mutuam pecuniam accipere. Fruſtra igitur ad has LL. prouocat SCHMIDIVS von gerichtlichen Klagen §. *1005.* MAD.

1010) Add. except.
6. retentionis,
7. praeſcriptionis. HOM.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM XV.

DE

NEGOTIORVM GESTORVM ACTIONE DIRECTA ET CONTRARIA.

§. 1.

NEGOTIORVM GESTIO eſt quaſi contractus, *quo quis alterius abſentis, & ignorantis negotia* 1011) *ſponte gerenda ſuſcipit, & ſe ad rationes reddendas, reſidua reſtituenda, & damna reſarcienda, alterum vero ſibi ad indemnitatem obligat.*

DE ACTIONE DIRECTA.

§. 2.

Haec eſt actio *perſonalis*, *b. f. quae datur domino, cuius negotium geſtum eſt*, eiusque heredibus, *aduerſus negotiorum geſtorem*, eiusque heredes, *ad rationes reddendas, reſidua reſtituenda damnaque reſarcienda.* De act. negot. geſtor. directa indole §. 2-4.

§. 3.

Contra minorennem, qui negotium geſſit, tunc actio competit, ſi vel locupletior exiſtat, vel doloſe egerit.

§. 4.

Tendit haec actio Finis.

1. *ad rationes reddendas* 1012),

2. *re-*

1011) Add. *extraiudicialia gratis vtiliter & ſponte* &c. HOM.

1012) Et in pluribus negotiis geſtis, mediante inuentario, aut iurata ſpecificatione. Quodſi geſtor id nolit, dominus ad iusiur. in litem admittitur. LEYSER. *ad ff. Spec.* 55. *Med.* 4. HOM.

Digitized by Google

6. *rei periturae negotium geſſi*,
7. *obtruſi me in fauorem actoris*, ne alter negligens paterfamilias negotium ſuſciperet 1020),
8. *damni caſu euenientis*,
9. *compenſationis damni cum vtilitate praeſtita* 1021).

Libellus.

Klaget, welchergeſtalt Beklagter nach Klägers Abreiſe ihm unwiſſend ſich der Adminiſtration ſeines allhier hinterlaſſenen Hauſes am Markte ſowol, als des Guthes in Raucha unterzogen, und ſolche während Klägers Abweſenheit zwey Jahr lang fortgeführet; Wann denn Beklagter, ohneractet Kläger nach ſeiner Zurückkunft die Berechnung fordern laſſen, ſich der Ablegung derſelben bis jetzo weigert; So iſt ꝛc.

Daß Beklagter Klägern von der über Klägers libellirtes Haus und Guth geführten Adminiſtration richtige Rechnung, vermittelſt eines zu Recht beſtändigen Inventarii, oder in deſſen Ermangelung einer eidlichen Specification, abzulegen, die erhobenen Nutzungen zu übergeben, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

DE

1020) Sed ceſſat, quia proteſtatio eſt facto contraria & agitur de iure tertii. Nam ſi etiam verum eſſet, in obuio caſu alium *negligentem* negotium ſuſcepturum fuiſſe, inde nulla valida ratio excuſandi propriam negligentiam deſumi poteſt. MAD.

1021) Quae tamen exceptio re vera locum habere non poteſt, quoniam ad vtilitatem promouendam tamquam negotiorum geſtor, ſemper eſt obligatus, ad damna autem omittenda atque adeo reſarcienda, aeque ſemper tenetur. Et *L. n. ff. h. t.* ſolum loquitur de compenſando damno cum lucro in negotiis periculoſis. MAD.

Digitized by Google

DE ACTIONE NEGOTIORVM GESTORVM CONTRARIA.

§. 8.

Haec eſt actio *perſonalis*, *quae datur negotiorum geſtori*, & eius heredibus, *aduerſus eum*, *cuius negotium geſtum eſt*, & eius heredes, *ad indemnitatem praeſtandam*. De act. negot. geſtor. contr. indole §. 8.

§. 9.

Tendit ad indemnitatem Finis.

1. *ad impenſas neceſſarias & vtiles reſtituendas*, *L.45. ff. de negot. geſt.*
2. *ad vſuras pecuniae in expenſas* 1022) *collatae praeſtandas.*
3. *vt patiatur, voluptuarias expenſas tolli* 1023).

§. 10.

Exceptiones obmoueas: Except. oppon.

1. *negotii contra prohibitionem ſuſcepti* 1024), *L. vlt. C. de neg. geſt.*
2. *vtilitatis non amplius tempore litis motae exiſtentis*, (ſi pupilli negotium ſcil. geſtum) *L.37. pr. ff. de neg. geſt.* 1025)

X 3 3. *im-*

1022) Add. *& vtilitatem domini.* HOM.

1023) Quatenus abſque detrimento rei tolli poſſunt & poſt ſeparationem illi proſunt, arg. *L. 9. ff. de imp. in rem dot.* MAD.

1024) Quoniam prohibentis negotia vtiliter geri non poſſunt, excepto vnico caſu, ſi ſalus reipublicae id exigit. Ceterum ex die prohibitionis ſolum aeſtimatur negotium prohibitum, adeo vt ante prohibitionem vtiliter impenſas recipiat, non vero quae poſt prohibitionem factae ſunt. MAD.
Confer. BERGER. *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 1. n. 2.* HOM.

1025) Sed rectius hanc exceptionem excludit C. THOMASIVS Diſp. *de pſeudo-priuilegio pupilli conuenti contraria actione negot. geſtorum.* HOM.

Digitized by Google

3. *impenſarum illiquidarum, immodicarum* 1026), *voluptuariarum,*
4. *praeſumtae donationis* 1027),
5. *ablatio eius, quod voluptuarie impenſum, tibi non prodeſt,*
6. *pecunias foenori exponere ipſe non ſolitus es* 1028).

SECT.

1026) Scil. ſi plus impenſum, quam neceſſarium erat. Non autem immodicae h. l. id ſignificant ac in vſufructu &c. MAD.

1027) In perſonam pietatis cauſa factae, *L. u. 13. & 16. C. cod.* WERNHER. *Part. V. Obſ.* 42. HOM.

Quae tamen exceptio locum tantum habet, ſi mater aut auia negotia filii aut nepotis geſſit, in ceteris autem caſibus donatio numquam praeſumi poteſt. MAD.

1028) Sed ex iis quae not. 1009. ad §. 16. membr. 14. dicta ſunt, apparet, & in hoc caſu deficere hanc exceptionem, neque negotiorum geſtorem obligari, vt absque vſuris pecuniam ſuam in vtilitatem domini impendat.

Ceterum ea, quae de actione negotiorum geſtorum directa & contraria dicta ſunt, etiam valent *de actione funeraria*, quae ſpecies eſt huius actionis magis determinata in quibusdam ſaltim capitibus v. c. quod prohibens etiam obligetur &c. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM XVI.
DE ACTIONE EX TESTAMENTO.

§. 1.

VLTIMAE VOLVNTATIS AGNITIO 1029) eſt *quaſi contractus, vnilateralis, quo agnoſcens vltimam voluntatem iis, quibus in ea quid relictum, obligatur.* De act. ex teſt. indole §. 1-4.

§. 2.

Oritur exinde ACTIO EX TESTAMENTO, quae eſt *perſonalis* 1030), *competens illi, cui in vltima voluntate aliquid relictum, aduerſus grauatum, qui vltimam voluntatem agnouit, ad id, quod relictum, cum acceſſionibus* & omni cauſa, *praeſtandum* 1031).

§. 3.

Datur *legatariis, fideicommiſſariis particularibus & mortis cauſa donatariis.* Fideicommiſſarius autem vniuerſalis iure romano non hac, ſed imploratione officii iudicis, agebat 1032), *L. 178. ſ. 2.*

1029) Quae fit per acquiſitionem emolumenti in vltima voluntate relicti, quaſi mandato ſuſcepiſſet, vt ſec. vltimam voluntatem emolumenta illis praeſtet, quibus a teſtatore relicta ſunt. MAD.

1030) Add. *ciuilis*, *rei perſecutoria.* HOM.

1031) Diuidunt DD. eam in *Directam*, ſi in teſtamento, & *Vtilem*, ſi in codicillis quid eſt relictum, aut ſi in fraudem legatariorum, & fideicommiſſariorum hereditas repudiata, BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3.* §. 73. & STRYCK. *de Act. For. Sect. I. membr. 9.* §. 23. HOM.

1032) Fideicommiſſarius quidem vniuerſalis iure rom. poſt Auguſti tempora ab initio non actione quadam, ſed

ſ. 2. ff. de verb. ſignif. Quae ſubtilitas hodie merito negligitur 1033)

§. 4.

Finis. Tendit

1. *ad illud conſequendum, quod in vltima voluntate relictum eſt* 1034),

2. *ad*

ſed tantum imploratione officii iudicis extraordinario beneficio illi conceſſa agere poterat, ſed poſtquam tam ex SCto Trebell., quam etiam ex SCto Pegaſiano heres directus atque fiduciarius ex formula fideicommiſſi, ad reſtituendam hereditatem cogi potuerit, ſequentibus temporibus legatariorum inſtar heredibus fideicommiſſariis actio perſonalis etiam ex teſtamento dari coepit. Proinde iure recentiori inter fideicommiſſarios vniuerſales & particulares ratione inſtituendae actionis perſonalis ex teſtamento nullum remanſit diſcrimen. MAD.

1033) Creditoribus defuncti contra heredes haec actio non datur, ſed ea, quae ex contractu cum defuncto inito naſcitur, cum heres obligationem iam conſtitutam tantum continuet, *Nouell. 48. cap. 1.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 5. not.*

Dicatur, qua ratione legatariis & fideicommiſſariis & cet. etiam detur rei vindicatio & actio hypothecaria.

Grauatus non modo poteſt eſſe heres, ſed & legatarius, & omnis, qui in vltima voluntate eſt honoratus. Contra plures oneratos in regula non in ſolidum agitur, ſed tantum pro parte emolumenti, nec pro his, qui ſoluendo non ſunt, onerati cenſentur, *L. 33.* & *L. 44. ff. de legat. 2.* Exceptiones vide penes BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3. ſ. 70. lit. y.* HOM.

1034) Interdum in duplum, ſi quis legatum ad pias cauſas doloſe negat, aut id ſoluere tam diu diſtulerit, donec eo nomine in iudicium vocetur, *§. 19. & 26. I. de act.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 367.* Quae in Saxon. El. expreſſe ſunt confirmata in ORD. PROC. REC. *Tit. XVI.* §. 3. HOM.

Digitized by Google

2. *ad exhibendum ſimul agi poteſt* 1035), ſi electio, aut optio legatario competat, *L. 4. ff. de opt. vel elect. legat.*

3. *ad acceſſiones, fructus perceptos & percipiendos* 1036), *omnemque cauſam praeſtandam*, temporis mortis teſtatoris ratione habita, *L. 24. ſ. 2. ff. de legat. 1. L. 39. ff. de legat. 2.*

4. *ad vſuras ex tempore morae*, ſc. ſcientiae *ſoluendas, L. fin. C. de vſ. & fruct. leg.*

Confer. tamen DEC. REG. SAX. *XII. de anno 1746.* ſecundum quam & fructus & vſurae poſt diem trigeſimam indiſtincte debentur 1037),

1035) Scil. tum actio ad exhibendum ſimul cumulatur cum hac actione perſonali ex teſtamento. MAD.

1036) Scil. ordinaria diligentia percipiendos. Sed de termino a quo quaeritur. 1) in legatis conditionalibus a tempore exiſtentiae conditionis, adeo vt ante exiſtentem conditionem fructus perceptos ad legatarium plane non pertineant, quoniam dies nondum ceſſit, *L. 5. §. 2. ff. quando dies leg. ced.* 2) in legato vſusfructus & vſus a die aditae hereditatis, *L. vn. §. 2. quando dies vſusfr. leg. ced.* & ex die legati. 3) in legatis pecuniis a die aditae hereditatis aut ſi moram in adeunda hereditate commiſit, a die morae commiſſae, *L. 23. ff. de legat. 1. L. 84. ff. de leg. 2. L. 26. ff. de leg. 3. L. 1. & vlt. C. de vſu & fruct. legat.* 4) in legato puro rei teſtatoris propriae dominium in legatarium ſtatim a morte defuncti ipſo iure tranſire volunt, propter *L. 80. ff. de leg. 2.* & ſic etiam fructus a tempore mortis reſtituendos eſſe, alii autem propter generalem diſpoſitionem *L. 1. & vlt. C. cit.* etiam in hoc caſu ſolum a litis conteſtatione computandos eſſe. Sic enim Imp. GORDIANVS *L. vlt. In legatis & fideicommiſſis fructus poſt litis conteſtationem non ex die mortis conſequuntur, ſiue in rem ſiue in perſonam agatur*, vid. LEYSER. *Sp. 382. Med. 1. 2. 3.* COCCEII *L. XXX. qu. 23.* PEREZ. *ad cit. L. C.* MAD.

1037) Licet heres in mora non fuerit, vel legatum eſſe ignorauerit, vel poſt 30 diem hereditatem demum adierit. HOM.

5. *ad damna lata*, vel *leui culpa data reſarcienda, L. 108. ſ. 12. ff. de legat. 1.* 1038)

§. 5.

De eius fundam. §. 5-11. Fundamentum generale eſt quaſi contractus *agnitionis vltimae voluntatis*, in quo requiritur:

1. *teſtamentum*, vel *alia vltima voluntas valida*,
2. *legatum* vel *fideicommiſſum*, vel *mortis cauſa donatio ibi valide relicta*,
3. *quod reus praeſtatione eius grauatus ſit*,
4. *quod agnouerit vltimam voluntatem*.

§. 6.

Omnia haec requiſita probari debent, hoc tantum obſeruato, quod, ſi vltima voluntas vitio viſibili non laboret 1039), *validitatem vlterius probare non ſit neceſſe, L. fin. C. de edict. Diu. Hadr. toll.*

§. 7.

Praeter hunc quaſi contractum, fundamentum, quoad acceſſiones & fructus, eſt *fictum dominium ex tempore mortis* 1040). Vſufructu autem legato, demum

1038) Interdum & obligatur ad culpam latam, leuiſſimam, imo ad caſum fortuitum, de quibus MENCKEN. in *Pand. Lib. XXX.* §. 27. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 215.* HOM.

1039) Pro validitate emolumenti relicti praeſumtio iuris militat, indeque reus contrarium probare debet, illam nempe vltimam voluntatem ratione emolumenti relicti non eſſe validam. MAD.

1040) Eſſet potius verum dominium. De fructibus a tempore mortis legatario debitis iam diximus *not.* 1036. *ad* §. 4. In *L. 80. de leg. 2.* ſolum dicitur *legati puri dominium recta via ad legatarium tranſire*, *numquam per factum heredis.* MAD.

In Sax. ex die triceſimo a morte teſtatoris. DECIS. REG. XII. *de an.* 1746. Confer. C. H. HORN. diſſ. *de die triceſimo.* HOM.

Digitized by Google

mum a tempore aditae hereditatis fructus debentur, vid. *tit. ff. quando dies vſusfr. legati cedat.*

§. 8.

Fictum quidem dominium non eſt probandum, nam iuris eſt, probabit tamen actor, reo negante,

1. *acceſſiones,*
2. *quod vberiores fructus percipere potuiſſet,*

§. 9.

Reliqua fundamenta ex finibus cognoſces.

§. 10.

Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *quaſi contractus*, ſcil. vbi adiit hereditatem 1041). Neutiquam vero in foro defuncti agi poteſt 1042). Competens Iud.

§. 11.

Tranſit ad heredes actoris 1043). Excipe legatum vſusfructus, vſus, habitationis 1044) & optionis, quod, ſi legatarius moriatur ante hereditatem aditam, non ad heredes tranſit; ſi poſt aditam hereditatem fuerit mortuus, heredes optare, & fructus, qui defuncto vsque ad mortem de vſufructu, vſu & habitatione debebantur, petere poſſunt 1045). An ad heredes tranſeat?

§. 12.

1041) Sed in ſolo foro domicilii ipſius heredis tantum inſtitui poteſt, non vero in foro domicilii aditae hereditatis, quod etiam praxis Germanica confirmat. MAD.

1042) Quoniam actio perſonalis eſt intuitu ipſius heredis non ex perſona defuncti. MAD.

1043) Cum dies legati vel fideicomiſſi cedit. HOM.

1044) Adde, legatum annuum. HOM.

1045) Quo vero in caſu heredes legatarii ante optionem defuncti legatum generis omnino exigere poſſunt poſt mortem teſtatoris, cuius differentia, vt tantum non optime eligere poſſit. MAD.

Lega-

Digitized by Google

12. *pecuniam magiſtratus decreto ad meos vſus adhibui* 998).

13. *praeſcriptionis* 999).

Libellus.

Kläger ſtellet klagend vor, welchergeſtalt Beklagter ſeit Klägers Minderjährigkeit von an. 1738. bis hieher die Vormundſchaft geführet; Wann aber Kläger bereits den 1 Febr. 1747. zu ſeiner Majorennität gelanget, mithin die Vormundſchaft zu Ende gegangen, und Beklagter gleichwohl bis hieher die Vormundſchaftsrechnung 1000) abzulegen ſich weigert; Als iſt 2c.

Daß Beklagter von der geführten Vormundſchaft Rechnung vermittelſt eines zu rechtbeſtändigen *Inuentarii*, oder in deſſen Ermangelung einer eidlichen *Specification* abzulegen, das vorhandene Vermögen Klägern zu *extradiren* ſo wol, als alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig 1001).

DE

998) Quod tamen decretum magiſtratus tutorem ab vſuris compenſatoriis non liberare poteſt, quamuis illi proficuum ſit, intuitu vſurarum ex mora venientium. MAD.

999) Scil. XXX ann. poſt finitam aut depoſitam tutelam, & quamuis hodie durante etiam tutela inſtitui poſſit, tamen initium praeſcriptionis ante finitam tutelam non incipit. MAD.

Addat.

14. *except. retentionis.* HOM.

1000) Et ſecundum praxin Germaniae: die lezte Vormundſchaftsrechnung abzulegen ſich weigert. MAD.

1001) Hoc loco notandum, quod pupillo & minori adhuc aliae dentur actiones, ut 1) *de rationibus diſtrahendis* contra tutorem, non eius heredem, qui doloſe &

Digitized by Google

DE ACTIONE TVTELAE CONTRARIA.

§. 12.

Haec eſt actio *perſonalis, ciuilis, quae datur quondam tutori*, & eius heredibus, *aduerſus quondam pupillum*, aut eius heredes, *ad indemnitatem praeſtandam* 1002). De act. tut. contrariae indole §. 12-16.

§. 13.

Plures pupilli *non in ſolidum*, ſed *pro rata tantum* obligantur.

§. 14.

Finis eſt, vt indemnitatem conſequatur, vnde datur Finis.

1. *ad impenſas neceſſarias & vtiles cum vſuris reſtituendas* 1003),
2. *ad liberandum tutorem*, ſi vel ſe, vel ſua bona pro pupillo obligauerit 1004),
3. *ad ſalarium dandum*, ſi vel teſtator, vel iudex, vel leges aut ſtatuta ſpecialia hoc determinent 1005),

4. *ad*

& furandi animo quaedam intercepit, ad duplum pretii rei interceptae conſequendum, *L. 1. §. 19. ſeqq. ff. de tut. & rat. diſtrah.* 2) *in factum*, contra falſum tutorem, ad omne intereſſe intra annum, *L. 7. §. 2. L. 9. §. 1. L. 11. pr. ff. quod falſ. tut.* 3) *de magiſtratibus conueniendis*, qui in dandis tutoribus culpam leuem commiſerunt, *L. 1. & 5. C. de conuen. magiſtr.* Add. G. C. GEBAVER. diſſ. *de action. tutelae aduerſus magiſtratum.* HOM.

1002) *Vtilis* datur quondam curatori contra minorem &c. ad idem. HOM.

1003) Niſi eas ſibi ſoluere potuerit ex ſubſtantia pupilli, *L. 3. §. 5.* & *L. 9. §. 5. ff. de adminiſtr. tut.* HOM.

1004) In eo caſu, quo aut vtiliter negotia pupilli geſſit, aut ad ſe obligandum pro pupillo ex legis neceſſitate tenetur. MAD.

1005) Vid. MENCKEN. diſſ. *de ſalario tutorum & curatorum.* HOM.

Digitized by Google

4. *ad liberationem a tutelae obligatione per quittantiam* 1006) non quidem iure ciuili, *L. 3. ſ. 1. ff. de contr. tut. & vtil. act.* 1007) ſed iure hodierno.

§. 15.

De eius fundam. Quod fundamenta attinet, partim in priori actione expoſita huc ſpectant; partim ipſi fines ea abunde demonſtrant 1008).

§. 16.

Except. oppon. Exceptiones ſunt:

1. *impenſarum inutilium & immodicarum,*
2. *voluptuariarum,*
3. *compenſationis cum damnis datis,*
4. *ipſe non ſoles pecuniam foenori exponere* 1009),
5. *ſalarii nec conſtituti, nec conſueti* 1010).

SECT.

1006) Siue apocham a maiore nunc facto pupillo, coram iudicio tutelari dandam, qua data, quoad rationes reddendas, extinguitur actio directa, non vero quoad reſpicit damna reſarcienda. MAD.

1007) Confer. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 2. n. 6.* HOM.

1008) Haec actio & in foro geſtae adminiſtrationis eſt inſtituenda, arg. DECIS. SAX. EL. *36.* LEYSER. *ad Pand. Spec. 340. Corol. 1.* HOM.

1009) Sed haec exceptio noſtra ex ſententia ceſſat. Inde enim, quod aliquando ſortem absque vſuris alii crediderim, aut pecuniam elocare non conſuetus ſim, non recte argumentum duci poteſt, vt etiam in omnibus ceteris caſibus vſuras exigere non poſſim. Et *L. 13. §. 1. ff. de vſur.* ſolum loquitur de mandante aut negotiorum domino, qui tunc vſuras a mandatario aut negotiorum geſtore petere nequit, ſi ipſe foenerari non ſolet, & *L. 12. ff. de pign. act.* de procuratore aut adminiſtratore vniuerſorum bonorum aſſerit, eum pigneratitia actione agi, ſi permittere conſueuerit ſub pignore mutuam pecuniam accipere. Fruſtra igitur ad has LL. prouocat SCHMIDIVS von gerichtlichen Klagen §. 1005. MAD.

1010) Add. except.
6. *retentionis,*
7. *praeſcriptionis.* HOM.

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM XV.
DE
NEGOTIORVM GESTORVM ACTIONE DIRECTA ET CONTRARIA.

§. 1.

NEGOTIORVM GESTIO eſt quaſi contractus, *quo quis alterius abſentis, & ignorantis negotia* 1011) *ſponte gerenda ſuſcipit, & ſe ad rationes reddendas, reſidua reſtituenda, & damna reſarcienda, alterum vero ſibi ad indemnitatem obligat.*

DE ACTIONE DIRECTA.

§. 2.

Haec eſt actio *perſonalis, b. f. quae datur domino, cuius negotium geſtum eſt,* eiusque heredibus, *aduerſus negotiorum geſtorem,* eiusque heredes, *ad rationes reddendas, reſidua reſtituenda damnaque reſarcienda.* De act. negot. geſtor. directa indole §. 2-4.

§. 3.

Contra minorennem, qui negotium geſſit, tunc actio competit, ſi vel locupletior exiſtat, vel doloſe egerit.

§. 4.

Tendit haec actio Finis.

1. *ad rationes reddendas* 1012),

2. re-

1011) Add. *extraiudicialia gratis vtiliter & ſponte* &c. HOM.

1012) Et in pluribus negotiis geſtis, mediante inuentario, aut iurata ſpecificatione. Quodſi geſtor id nolit, dominus ad iusiur. in litem admittitur. LEYSER. *ad ff. Spec. 55. Med. 4.* HOM.

Digitized by Google

2. *reſidua reſtituenda, deductis impenſis fructuum,*
3. *ad vſuras praeſtandas*, vel ob negligentiam in elocando, vel moram, vel quod ipſe vſus ſit pecunia 1013),
4. *ad damna lata aut leui culpa in abſtracto praeſtanda.*

   Obligationem ad leuem culpam probat finis traditus in *L. 1. ff. de neg. geſt.* qui nec lata, nec leuiſſima, ſed leui maxime obtinetur, *L. 11. ff.* & *L. 20. C. de neg. geſt.* 1014)
5. *ad culpam leuiſſimam praeſtandam*, ſi negotiorum geſtor ſe obtruſerit negotio, *§. 1. Inſt. de oblig. quae quaſi ex contr. naſc.* 1015)
6. *ad caſum fortuitum*, ſi periculoſum quoddam ſuſceperit 1016).

§. 5.

1013) Iure rom. etiam in hoc caſu *maximae* vſurae praeſtari debebant, *L. 38. ff. h. t.* quae tamen hodie ceſſant, licet BRVNNEMANN. *ad d. L. 38. ff.* eas etiam hodie obtinere teſtari velit. MAD.

Conf. LEYSER. *ad Pand. Sp. 55. corol. 2.* Quod in hoc caſu ad centeſimas agi poſſit, negat WINCKLER. ad *Bergeri Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 1. n. 3.* HOM.

1014) Confer. G. L. MENCKEN. diſſ. *leuem culpam a negotiorum geſtore ordinarie praeſtari.* Diſſentit praeter alios C. L. CRELL. Diſp. *de omni culpa in negotiorum geſtionis iudicio praeſtanda.* & C. G. EINERT. Diſſ. *de negotiorum geſtoris ad culpam leuiſſimam praeſtandam obligatione.* HOM.

1015) Interdum tantum ad *culpam latam*, ſi negotia ſuſcepit alias peritura, *L. 3. §. 9. ff. eod.* HOM.

1016) Neque dominus negotiorum ſolitus fuerit, periculoſum negotium ſuſcipere, alias leuiſſimam tantum culpam praeſtat, *L. 11. ff. h. t. Sed Proculus, interdum etiam caſum praeſtare debere: veluti ſi nouum negotium, quod non ſit ſolitus abſens facere, tu nomine eius geras; veluti*

Digitized by Google

§. 5.

Fundamentum remotum eſt aequitas. Proximum quaſi contractus, ſpontanea & ignorantis 1017) adminiſtratio 1018) negotiorum. Cetera fundamenta fines exhibent. De eius fundam.

§. 6.

Heredes tantum de lata culpa tenentur, argumento a tutela deducto, ob maiorem rationem 1019).

§. 7.

Exceptiones obiici poſſunt Except. oppon.

1. *negotii tantum in re communi geſti,*
2. *compenſationis cum impenſis,*
3. *retentionis ob impenſas nondum reſtitutas,*
4. *ipſe non conſueuiſti, elocare pecuniam,*
5. *ſecurae occaſionis elocandi deficientis,*

X 2 6. *rei*

veluti venales nouicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam ſi quod damnum ex ea re ſecutum fuerit, te ſequetur, lucrum vero abſentem; quod ſi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, abſens penſare lucrum cum damno debet. MAD.

Etiam ad caſum fortuitum praeſtandum tendit, ſi quis prohibentis negotia geſſerit, *L. 8. §. 3. ff. eod.* Add. C. H. BREVNING. Diſp. *an negotiorum geſtor teneatur praeſtare caſum fortuitum.*

7. *tendit ad coepta perficienda*, ſi negotia ſint connexa, aut alius adfuerit, qui omnia gerere voluerit, *L. 6. §. 12. ff. eod.* HOM.

1017) *Ignorantis* eſt delendum, quoniam ſcientis negotia etiam vtiliter geri poſſunt. MAD.

1018) Add. gratis ſuſcepta. HOM.

1019) De quo tamen dubitari poteſt, quoniam de heredibus tutoris eſt caſus ſpecialis, qui ad alios ſimiles extendi nequit, atque adeo in negotiorum geſtione regula iur. ciuilis obtinet, heredes ad eandem culpam praeſtandam obligati ſunt, ad quam anteceſſor eorum obligatus erat. MAD.

Digitized by Google

6. *rei perituræ negotium geſſi*,
7. *obtruſi me in fauorem actoris*, ne alter negligens paterfamilias negotium ſuſciperet [1020]),
8. *damni caſu euenientis*,
9. *compenſationis damni cum vtilitate praeſtita* [1021]).

Libellus.

Klaget, welchergeſtalt Beklagter nach Klägers Abreiſe ihm unwiſſend ſich der Adminiſtration ſeines allhier hinterlaſſenen Hauſes am Markte ſowol, als des Guthes in Raucha unterzogen, und ſolche während Klägers Abweſenheit zwey Jahr lang fortgeführet; Wann denn Beklagter, ohnerachtet Kläger nach ſeiner Zurückkunft die Berechnung fordern laſſen, ſich der Ablegung derſelben bis jetzo weigert; So iſt ꝛc.

Daß Beklagter Klägern von der über Klägers libellirtes Haus und Guth geführten Adminiſtration richtige Rechnung, vermittelſt eines zu Recht beſtändigen Inventarii, oder in deſſen Ermangelung einer eidlichen Specification, abzulegen, die erhobenen Nutzungen zu übergeben, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

DE

1020) Sed ceſſat, quia proteſtatio eſt facto contraria & agitur de iure tertii. Nam ſi etiam verum eſſet, in obuio caſu alium *negligentem* negotium ſuſcepturum fuiſſe, inde nulla valida ratio excuſandi propriam negligentiam deſumi poteſt. MAD.

1021) Quae tamen exceptio re vera locum habere non poteſt, quoniam ad vtilitatem promouendam tamquam negotiorum geſtor, ſemper eſt obligatus, ad damna autem omittenda atque adeo reſarcienda, aeque ſemper tenetur. Et *L. 11. ff. h. t.* ſolum loquitur de compenſando damno cum lucro in negotiis periculoſis. MAD.

Digitized by Google

DE ACTIONE NEGOTIORVM GESTORVM CONTRARIA.

§. 8.

Haec eſt actio *perſonalis, quae datur negotiorum geſtori,* & eius heredibus, *aduerſus eum, cuius negotium geſtum eſt,* & eius heredes, *ad indemnitatem praeſtandam.* De act. negot. geſtor. contr. indole §. 8.

§. 9.

Tendit ad indemnitatem Finis.

1. *ad impenſas neceſſarias & vtiles reſtituendas, L. 45. ff. de negot. geſt.*
2. *ad vſuras pecuniae in expenſas* 1022) *collatae praeſtandas.*
3. *vt patiatur, voluptuarias expenſas tolli* 1023).

§. 10.

Exceptiones obmoueas:

1. *negotii contra prohibitionem ſuſcepti* 1024), *L. vlt. C. de neg. geſt.* Except. oppon.
2. *vtilitatis non amplius tempore litis motae exiſtentis,* (ſi pupilli negotium ſcil. geſtum) *L. 37. pr. ff. de neg. geſt.* 1025)

X 3 3. *im-*

1022) Add. *& vtilitatem domini.* HOM.

1023) Quatenus abſque detrimento rei tolli poſſunt & poſt ſeparationem illi proſunt, arg. *L. 9. ff. de imp. in rem dot.* MAD.

1024) Quoniam prohibentis negotia vtiliter geri non poſſunt, excepto vnico caſu, ſi ſalus reipublicae id exigit. Ceterum ex die prohibitionis ſolum aeſtimatur negotium prohibitum, adeo vt ante prohibitionem vtiliter impenſas recipiat, non vero quae poſt prohibitionem factae ſunt. MAD.

Confer. BERGER. *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 1. n. 2.* HOM.

1025) Sed rectius hanc exceptionem excludit C. THOMASIVS Diſp. *de pſeudo-priuilegio pupilli conuenti contraria actione negot. geſtorum.* HOM.

Digitized by Google

3. *impenſarum illiquidarum, immodicarum* 1026), *voluptuariarum,*

4. *praeſumtae donationis* 1027),

5. *ablatio eius, quod voluptuarie impenſum, tibi non prodeſt,*

6. *pecunias foenori exponere ipſe non ſolitus es* 1028).

SECT.

1026) Scil. ſi plus impenſum, quam neceſſarium erat. Non autem immodicae h. l. id ſignificant ac in vſufructu &c. MAD.

1027) In perſonam pietatis cauſa factae, *L. 11. 13. & 16. C. cod.* WERNHER. *Part. V. Obſ. 42.* HOM.

Quae tamen exceptio locum tantum habet, ſi mater aut auia negotia filii aut nepotis geſſit, in ceteris autem caſibus donatio numquam praeſumi poteſt. MAD.

1028) Sed ex iis quae not. 1009. ad §. 16. membr. 14. dicta ſunt, apparet, & in hoc caſu deficere hanc exceptionem, neque negotiorum geſtorem obligari, vt absque vſuris pecuniam ſuam in vtilitatem domini impendat.

Ceterum ea, quae de actione negotiorum geſtorum directa & contraria dicta ſunt, etiam valent *de actione funeraria*, quae ſpecies eſt huius actionis magis determinata in quibusdam ſaltim capitibus v. c. quod prohibens etiam obligetur &c. MAD.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.
MEMBRVM XVI.
DE ACTIONE EX TESTAMENTO.

§. 1.

VLTIMAE VOLVNTATIS AGNITIO 1029) eſt *quaſi contractus, vnilateralis, quo agnoſcens vltimam voluntatem iis, quibus in ea quid relictum, obligatur.* De act. ex teſt. indole §. 1-4.

§. 2.

Oritur exinde ACTIO EX TESTAMENTO, quae eſt *perſonalis* 1030), *competens illi, cui in vltima voluntate aliquid relictum, aduerſus grauatum, qui vltimam voluntatem agnouit, ad id, quod relictum, cum acceſſionibus* & omni cauſa, *praeſtandum* 1031).

§. 3.

Datur *legatariis, fideicommiſſariis particularibus* & *mortis cauſa donatariis.* Fideicommiſſarius autem vniuerſalis iure romano non hac, ſed imploratione officii iudicis, agebat 1032), *L. 178. ʃ. 2.*

1029) Quae fit per acquiſitionem emolumenti in vltima voluntate relicti, quaſi mandato ſuſcepiſſet, vt ſec. vltimam voluntatem emolumenta illis praeſtet, quibus a teſtatore relicta ſunt. MAD.

1030) Add. *ciuilis, rei perſecutoria.* HOM.

1031) Diuidunt DD. eam in *Directam*, ſi in teſtamento, & *Vtilem*, ſi in codicillis quid eſt relictum, aut ſi in fraudem legatariorum, & fideicommiſſariorum hereditas repudiata, BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3.* §. 73. & STRYCK. *de Act. For. Sect. I. membr. 9.* §. 23. HOM.

1032) Fideicommiſſarius quidem vniuerſalis iure rom. poſt Auguſti tempora ab initio non actione quadam, ſed

ſ. 2. ff. de verb. ſignif. Quae ſubtilitas hodie merito negligitur 1033)

§. 4.

Finis. Tendit

1. *ad illud conſequendum, quod in vltima voluntate relictum eſt* 1034),

2. *ad*

ſed tantum imploratione officii iudicis extraordinario beneficio illi conceſſa agere poterat, ſed poſtquam tam ex SCto Trebell., quam etiam ex SCto Pegaſiano heres directus atque fiduciarius ex formula fideicommiſſi, ad reſtituendam hereditatem cogi potuerit, ſequentibus temporibus legatariorum inſtar heredibus fideicommiſſariis actio perſonalis etiam ex teſtamento dari coepit. Proinde iure recentiori inter fideicommiſſarios vniuerſales & particulares ratione inſtituendae actionis perſonalis ex teſtamento nullum remanſit diſcrimen. MAD.

1033) Creditoribus defuncti contra heredes haec actio non datur, ſed ea, quae ex contractu cum defuncto inito naſcitur, cum heres obligationem iam conſtitutam tantum continuet, *Nouell. 48. cap. 1.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 5. not.*

Dicatur, qua ratione legatariis & fideicommiſſariis & cet. etiam detur rei vindicatio & actio hypothecaria.

Grauatus non modo poteſt eſſe heres, ſed & legatarius, & omnis, qui in vltima voluntate eſt honoratus. Contra plures oneratos in regula non in ſolidum agitur, ſed tantum pro parte emolumenti, nec pro his, qui ſoluendo non ſunt, onerati cenſentur, *L. 33.* & *L. 44. ff. de legat. 2.* Exceptiones vide penes BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3. ſ. 70. lit. y.* HOM.

1034) Interdum in duplum, ſi quis legatum ad pias cauſas doloſe negat, aut id ſoluere tam diu diſtulerit, donec eo nomine in iudicium vocetur, *§. 19. & 26. I. de act.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 367.* Quae in Saxon. El. expreſſe ſunt confirmata in ORD. PROC. REC. *Tit. XVI. §. 3.* HOM.

Digitized by Google

2. *ad exhibendum ſimul agi poteſt* 1035), ſi electio, aut optio legatario competat, *L. 4. ff. de opt. vel elect. legat.*

3. *ad acceſſiones, fructus perceptos & percipiendos* 1036), *omnemque cauſam praeſtandam,* temporis mortis teſtatoris ratione habita, *L. 24. ſ. 2. ff. de legat. 1. L. 39. ff. de legat. 2.*

4. *ad vſuras ex tempore morae*, ſc. ſcientiae *ſoluendas*, *L. fin. C. de vſ. & fruct. leg.*

Confer. tamen DEC. REG. SAX. *XII. de anno 1746.* ſecundum quam & fructus & vſurae poſt diem trigeſimam indiſtincte debentur 1037),

X 5 5. *ad*

1035) Scil. tum actio ad exhibendum ſimul cumulatur cum hac actione perſonali ex teſtamento. MAD.

1036) Scil. ordinaria diligentia percipiendos. Sed de termino a quo quaeritur. 1) in legatis conditionalibus a tempore exiſtentiae conditionis, adeo vt ante exiſtentem conditionem fructus perceptos ad legatarium plane non pertineant, quoniam dies nondum ceſſit, *L. 5. §. 2. ff. quando dies leg. ced.* 2) in legato vſusfructus & vſus a die aditae hereditatis, *L. vn. §. 2. quando dies vſusfr. leg. ced.* & ex die legati. 3) in legatis pecuniis a die aditae hereditatis aut ſi moram in adeunda hereditate commiſit, a die morae commiſſae, *L. 23. ff. de legat. 1. L. 84. ff. de leg. 2. L. 26. ff. de leg. 3. L. 1. & vlt. C. de vſu & fruct. legat.* 4) in legato puro rei teſtatoris propriae dominium in legatarium ſtatim a morte defuncti ipſo iure tranſire volunt, propter *L. 80. ff. de leg. 2.* & ſic etiam fructus a tempore mortis reſtituendos eſſe, alii autem propter generalem diſpoſitionem *L. 1. & vlt. C. cit.* etiam in hoc caſu ſolum a litis conteſtatione computandos eſſe. Sic enim Imp. GORDIANVS *L. vlt. In legatis & fideicommiſſis fructus poſt litis conteſtationem non ex die mortis conſequuntur, ſiue in rem ſiue in perſonam agatur*, vid. LEYSER. *Sp. 382. Med. 1. 2. 3.* COCCEII *L. XXX. qu. 23.* PEREZ. *ad cit. L. C.* MAD.

1037) Licet heres in mora non fuerit, vel legatum eſſe ignorauerit, vel poſt 30 diem hereditatem demum adierit. HOM.

5. *ad damna lata*, vel *leui culpa data reſarcienda, L. 108. ſ. 12. ff. de legat. 1.* 1038)

§. 5.

De eius fundam. §. 5-11. Fundamentum generale eſt quaſi contractus *agnitionis vltimae voluntatis*, in quo requiritur:

1. *teſtamentum*, vel *alia vltima voluntas valida*,
2. *legatum* vel *fideicommiſſum*, vel *mortis cauſa donatio ibi valide relicta*,
3. *quod reus praeſtatione eius grauatus ſit*,
4. *quod agnouerit vltimam voluntatem.*

§. 6.

Omnia haec requiſita probari debent, hoc tantum obſeruato, quod, ſi vltima voluntas vitio viſibili non laboret 1039), *validitatem vlterius probare non ſit neceſſe, L. fin. C. de edict. Diu. Hadr. toll.*

§. 7.

Praeter hunc quaſi contractum, fundamentum, quoad acceſſiones & fructus, eſt *fictum dominium ex tempore mortis* 1040). Vſufructu autem legato, demum

1038) Interdum & obligatur ad culpam latam, leuiſſimam, imo ad caſum fortuitum, de quibus MENCKEN. in *Pand. Lib. XXX.* §. 27. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ.* 215. HOM.

1039) Pro validitate emolumenti relicti praeſumtio iuris militat, indeque reus contrarium probare debet, illam nempe vltimam voluntatem ratione emolumenti relicti non eſſe validam. MAD.

1040) Eſſet potius verum dominium. De fructibus a tempore mortis legatario debitis iam diximus *not.* 1036. *ad* §. 4. In *L. 80. de leg.* 2. ſolum dicitur *legati puri dominium recta via ad legatarium tranſire, numquam per factum heredis.* MAD.

In Sax. ex die triceſimo a morte teſtatoris. DECIS. REG. XII. *de an.* 1746. Confer. C. H. HORN. diſſ. *de die triceſimo.* HOM.

mum a tempore aditae hereditatis fructus debentur, vid. *tit. ff. quando dies vſusfr. legati cedat.*

§. 8.

Fictum quidem dominium non eſt probandum, nam iuris eſt, probabit tamen actor, reo negante,

1. *acceſſiones,*
2. *quod vberiores fructus percipere potuiſſet,*

§. 9.

Reliqua fundamenta ex finibus cognoſces.

§. 10.

Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *quaſi contractus*, ſcil. vbi adiit hereditatem 1041). Neutiquam vero in foro defuncti agi poteſt 1042). Competens Iud.

§. 11.

Tranſit ad heredes actoris 1043). Excipe legatum vſusfructus, vſus, habitationis 1044) & optionis, quod, ſi legatarius moriatur ante hereditatem aditam, non ad heredes tranſit; ſi poſt aditam hereditatem fuerit mortuus, heredes optare, & fructus, qui defuncto vsque ad mortem de vſufructu, vſu & habitatione debebantur, petere poſſunt 1045). An ad heredes tranſeat?

§. 12.

1041) Sed in ſolo foro domicilii ipſius heredis tantum inſtitui poteſt, non vero in foro domicilii aditae hereditatis, quod etiam praxis Germanica confirmat. MAD.

1042) Quoniam actio perſonalis eſt intuitu ipſius heredis non ex perſona defuncti. MAD.

1043) Cum dies legati vel fideicomiſſi cedit. HOM.

1044) Adde, legatum annuum. HOM.

1045) Quo vero in caſu heredes legatarii ante optionem defuncti legatum generis omnino exigere poſſunt poſt mortem teſtatoris, cuius differentia, vt tantum non optime eligere poſſit. MAD.

Lega-

Digitized by Google

§. 12.

Except. oppon. Exceptiones nota:

1. *vltimae voluntatis inualidae,*
2. *legati ademti* 1046),
3. *inhabilitatis legatarii,*
4. *legatarii indigni,*
5. *rei legatae absque lata & leui culpa exſtinctae,*
6. *Falcidiae per legatum grauatae* 1047),
7. *legati conditionati,* & *conditionis nondum adimpletae* 1048).
8. *legati ſub modo* 1049) *relicti, nondumque praeſtitae cautionis,*
9. *legati in diem relicti,*
10. *electionis heredi competentis,*
11. *exſtincti principalis legati* adeoque & *acceſſorii,*

12. *gre-*

Legatarium ex teſtamento contra heredem executiue agere non poſſe, recte ſtatuit BERGER. *Part. I. Suppl. ad E. D. F. Tit. V. §. 9. pag. 44 ſeq.* I. G. BAVER. in Progr. *de proceſſu executiuo ob cauſam legati non admittendo.* C. G. EINERT. in diſſ. *pro legato conſequendo executiue contra heredem ex teſtamento agi non poſſe.* Sed diſſentit CARPZOV. *Iuriſpr. For. Part. III. Conſt. 13. Def. 33.* LEYSER. *ad ff. Spec. 381. Med. 3 ſeq.* HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 4.* HOM.

1046) Vid. in Sax. El. DECIS. REG. XI. *de an. 1746.* HOM.

1047) Et hinc retentionis. HOM.

Quae tamen exceptio ſolum eſt dilatoria, quod ipſius rei legatae retentionem, & pro parte euentu inſpecto tantum fit peremtoria, ſi nempe computatione finita apparet, legatum propter quartam Falcidiam non ſaluam minuendam eſſe. MAD.

1048) Potius: *nondum exiſtentis.* MAD.

1049) Aut *conditione poſſibili negatiua.* HOM.

12. *gregis non amplius ex decem capitibus conſtantis:* ſc. ob vſumfructum gregis 1050) legatum,

13. *deficientis morae*, ob ignorantiam iuſtam codicillorum,

14. *legati morte legatarii exſtincti* 1051),

15. *morae legatarii in acceptando legato* 1052).

Libellus.

Kläger bringet klagend an, was maßen Sempronius, welcher den 1 Febr. 1745. verſtorben, ein Teſtament hinterlaſſen, darinnen er Caium zu ſeinem Erben eingeſetzt, Beklagten aber ſein Haus in der Reichsſtraße zwiſchen N. und N. vermacht, und denſelben darneben mit einem Legato von 400 Thlr. ſo der Erblaſſer Klägern vermachet, graviret; Wann dann Caius die Erbſchaft angetreten, Beklagter auch das legirte Haus bereits den 2 Aug. 1746. in Lehn und Würden genommen, und ſolchemnach den letzten Willen der Erblaſſers agnoſciret, ſich aber an Klägern das ihm injungirte Legatum von 400 Thlr. zu bezahlen verweigert; Als iſt Kläger rc.

Daß Beklagter das *libellirte Legatum* von 400 Thlr. nebſt dem *Intereſſe morae* vom 2 Aug. 1746. nebſt allen verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

1050) Add. *Ouium.* HOM.

1051) Quod ex eo aeſtimandum, quando dies legati cedat, nec ne. MAD.

1052) Scil. ratione vſurarum ex mora, & ſi vterque in mora eſt, eadem nihil operatur. MAD.
Add.
16. *Spatii deliberandi*, aut *diei triceſimi a morte teſtatoris nondum elapſi.* Conf. DECIS. EL. 57. HOM.

Digitized by Google

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM XVII.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

§. 1.

De condiction. indebiti indole §. 1-4.

Indebiti ſolutio eſt quaſi contractus, vnilateralis, *quo is, qui indebitum per errorem ſolutum accepit, ad eius reſtitutionem obligatur* 1053).

§. 2.

Oritur ex hoc quaſi contractu CONDICTIO INDEBITI, quae eſt *perſonalis, & datur illi, qui indebitum per errorem dedit, aduerſus accipientem, ad repetendum indebitum* 1054).

§. 3.

Contra pupillum aut minorennem actio haec non competit, niſi locupletior exſiſtat 1055). Quatenus contra delegantem competat 1056), vid. *L. 57. ſ. 1. ff. de condict. indeb. L. 2. C. eod. L. 12. & 13. ff. de nouat.*

§. 4.

1053) Dicatur de indebiti diuiſione iuris & hominis. HOM.

1054) Datur haec actio & pupillo, cum tutor eius nomine indebitum ſoluit, *L. 57. pr. ff. de condict. indeb.* imo tertio, cuius intereſt, *L. 5. ff. eod.* HOM.

1055) Vt hoc probet PAELICKE *Sect. III. cap. II. m. 22. §. 4.* allegat LL. ab *Auct.* deinde allegatas, nempe *L. 57. L. 2. C. L. 12. §. 13.* in quibus nec vllum veſtigium huius rei reperitur. Fortaſſe in Exemplari, quod prelo mandauit, deficiebant ſequentia: *quatenus* &c. manifeſto indicio V. C. leges citt. non euoluiſſe, nam *L. 12.* nullas habet §phos, & error ſcribendi eſt in codice manuſcripto, ideoque correctus. MAD.

1056) In omnibus hiſce LL. delegato haec condictio datur aduerſus delegantem, niſi ſe nihil debere ſciuerit,

Digitized by Google

§. 4.

Ratione finis eo reſpiciendum, *an indebite aliquid datum*, vel *promiſſum*, vel *remiſſum eſt.* Finis.

1. *Si indebite quid datum eſt*, tendit haec actio

SPECIE DATA

a. ad rem reſtituendam,

b. cum acceſſionibus & fructibus, *L. 15. ff. de condict. indeb.*

c. ad aeſtimationem praeſtandam, ſi apud malae fidei poſſeſſorem perierit, contra b. f. poſſeſſorem non aeque 1057).

QVANTITATE DATA, tendit ad tantumdem reſtituendum, *L. 1. C. de cond. indeb.* & quidem iure hodierno cum vſuris 1058).

2. *Si*

rit, ſi vero procuratori tamquam delegatus maiorem ſummam ſoluit, non contra delegantem, ſed contra accipientem datur, *L. 57.* quoniam citra delegationem hoc fecit, ſi vero in delegatione maior ſumma etiam continetur, non contra accipientem ſed contra delegantem, *L. cit.* MAD.

1057) Niſi moram admiſerit aut locupletior ſit factus. HOM.

1058) Quod negandum potius, *L. 1. C. de cond. indeb.* vſuras peti non poſſe demonſtrat. Aiunt quidem ius rom. hodie ceſſare, quoniam indebitum fuiſſet negotium ſtricti iuris, quod tamen aeque falſum eſt, vid. *ſupr.* & *L. 66. L. 15. ff. h. t.* contrarium confirmatur. Vera potius ratio eſt, quod indebitum obligationem quaſi ex mutuo producat, indeque promutuum appellari ſoleat, §. *6. I. de oblig. quae quaſi ex contr.* vid. FRID. GOTTL. ZOLLER. diſſ. *quaeſt. vtrum per condictionem indebiti repeti poſſint vſurae continens.* Lipſ. 1768. qui tamen aſſerit praeſtandas eſſe vſuras, ſi accipiens easdem conſecutus ſit; & HENR. IO. OTTO KOENIG diſſ. *de quaeſt. vtrum vſurae veniant in condictionem indebiti.* Hal. 1774. Ex indole igitur mutui etiam hodie aeſtimari debet. Add. C. H.

Digitized by Google

2. *Si indebite promiſſum* 1059),
   a. ad reſtituendum chirographum,
   b. pignora data reddenda,
   c. hypothecas delendas,
3. *Si remiſſum indebite* 1060),
   a. ad reddendam quietantiam,
   b. debitum remiſſum ſoluendum.

§. 5.

De eius fundam. §. 5-9. Fundamenta conſiſtunt in requiſitis quaſi contractus indebiti ſolutionis, quae ſunt

1. *ſolutio*, vel *promiſſio*, vel *remiſſio facta*,
2. *vt indebite ſit factum*, vel ob deficientem naturalem obligationem, vel ob reprobatam obligationem 1061).

3. *vt*

C. H. BREVNING. diſſ. *an in cond. indeb. vſurarum ratio habenda?* Lipſ. 1770. MAD.
Quod cum vſuris *ob moram* ſit reſtituendum, ſtatuit LEYSER *ad Pand. Spec. 148. Med. 9.* HOMMEL. *in Rhapſ. Iur. Obſ. 28.* HOM.

1059) Si nuda promiſſio indebiti adeſt, non condictio ſed exceptio ſolum datur, ſi vero ad probandam & in ſecuritatem promiſſionis chirographum & pignora data ſunt, obtinent, quae apud AVCT. ſequuntur. MAD.

1060) Et apocha data fuit, ad apocham reddendam. Non autem proprie ad remiſſum debitum ſoluendum, quoniam ad debitum ſoluendum ex ipſo contractu, qui ante remiſſionem indebitam aderat, agi debet. Fieri enim poteſt, vt tempus petendi debitum nondum venerit, condictione tamen indebiti apocha repeti poteſt, ſed & tempore veniente non eſt, niſi condictio indebiti cum actione ex praecedente negotio oriunda cumulata, & replica libello inſerta, quod vtique procedit. MAD.

1061) Naturalem ſcilicet v. c. cum femina ex fideiuſſione ſoluerit. HOM.

Digitized by Google

3. *vt per errorem, tamquam debitum, praeſtiterit* 1062).

§. 6.

Solutio, promiſſio, vel *remiſſio ab actore probanda eſt* 1063). Probare quoque tenetur indebitum, niſi reus

1062) Alias, ſi ſcienter ſoluerit, donatio adeſt, per praeſumtionem iuris & de iure probationem contrarii excludentem, *L. 1. §. 1. L. 26. §. 3. ff. L. 9. C. h. t.* MAD.

Requiritur vero, vt *per errorem facti* praeſtiterit, *L. 10. C. de iur. & fact. ignor.* Sunt tamen & ſpecies, in quibus *ex iuris errore* datum repeti poteſt. Vid. BERGER. *in Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 7. n. 2.* ibidemque BACH. A. KAESTNER. diſſ. *an condictio indebiti, ſolutione per errorem iuris facta, locum habeat?*

4. requiritur *vt ſoluens exiſtimauerit, ſe iure perfecto ad ſoluendum teneri, L. 52. & L. 65. §. 2. ff. de condict. indeb.*

5. *vt accipiens aeque in errore ſit conſtitutus*, alias condictioni furtiuae locus eſt, *L. 38. §. 1. ff. de ſolut. L. 18. ff. de condict. furt.*

6. *vt omne acceptum ſit indebitum, L. 49. §. 1. ff. de fideiuſſ.* HOM.

1063) Sec. *L. 25. cit.* diſting. vel de probatione indebite *ſoluti*, vel *promiſſi* quaeritur. *Priori in caſu* vel tota ſolutio vel tantum pars condicitur, ſi *prius*, vel a) reus negat, ſe aliquid accepiſſe, & tunc probata ſolutione indebitum praeſumitur, & a reo probandum, vel b) reus ſolutionem confeſſus eſt, ſed negat indebitum, quo in caſu ab actore illud probandum eſt, niſi c) ad perſonas exceptas referendus ſit, vt minores, feminae, miles, agricultor & forenſium rerum expers, vel alias ſimplicitate gaudens & deſidia deditus, vbi non actor ſed reus *oſtendere* debet, ſin *poſterius* actor probationem ſuſcipere debet. *Poſteriori* autem *in caſu* vel *cautio indiſcreta* eſt, vel non. *Illo* in caſu praeſumitur pro indebito, *hoc* vero praeſumtio militat pro reo. Ita PAVLLVS, cuius orationem contra emendationes CVIACII, MERILLII, SCHVLTINGII &c. defendit FR. MÜLLERVS a BER-

 NECK.

Digitized by Google

reus inficians ſolutionem de mendacio fuerit conuictus, *L. 25. pr. ff. de probat.* 1064). De perſonis, quibus ob ſpecialem rationem probatio remiſſa, ſi totum indebite ſolutum adſerant, euoluas, *L. 25. §. 1. ff. cit.* 1065)

§. 7.

Error probari haud debet, cum ex indebito probato iuſta iam errandi cauſa pateat, & nemo donare praeſumatur.

§. 8.

Iudex compet. Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *quaſi contractus*, vbi ſcil. indebitum accepit reus. Si per modum reconuentionis inſtituatur, in foro conuentionis eſt agendum 1066).

§. 9.

Quamdiu duret? Eſt *perpetua* actio 1067), tempore a datione 1068), facta computato.

§. 10.

NECK. diſſ. *de probatione indebiti ad L. 25. D. de pr. & praeſ.* Lipſ. 1772. add. FISCHER. diſſ. (ſub Praeſ. A. F. SCHOTTII) *de probatione condictionis indebiti rite ſuſcipienda.* Lipſ. 1767. — ſed ante omnia caſus perſonarum exceptarum diſtinguendus videtur tamquam generalis exceptio. MAD.

1064) Quod & in Saxonia El. confirmatum in ORD. PROC. REC. *Tit. XVI.* §. 3. HOM.

1065) Confer. WERNHER. *Part. III. Obſ. 181.* & *Part. VIII. Obſ. 363.* Add. A. F. SCHOTT. diſſ. *de probatione condictionis indebiti rite ſuſcipienda.* HOM.

1066) Conf. WERNHER. *P. I. Obſ. 240.* HOM.

1067) Durat itaque per XXX ann. ad exemplum condictionis ex mutuo. MAD.

1068) Vel promiſſione, vel remiſſione. Tranſit quoque vtrinque ad heredes. HOM.

Digitized by Google

§. 10.

Exceptiones ſunt Except. oppon.

1. *debiti naturalis* 1069) *exſiſtentis, nec iure ciuili reprobati,*
2. *transigendo datum eſt* 1070), *L. 65. ſ. 1. ff. de condict. indeb.*
3. *talis ſubeſt cauſa, vbi lis inficiando in duplum creſcit, ſ. 7. I. de obl. quae quaſ. ex contr.*
4. *renunciationis iuratae* 1071),
5. *pietatis cauſa dediſti,* & ſic *praeſumtae donationis, L. 32. ſ. 2. ff. de cond. indeb.* 1072)
6. *ſciens indebitum dediſti, L. 53. ff. de R. I.* 1073)
7. *rei exſtinctae,*

1069) Occurrit quidem in LL. *naturalis obligatio, naturale debitum,* ſed facilius hac diſtinctione res explanatur, vt aut debitum abſolute tale, aut reſpectiue tale ſit. Prius eſt, quod nullam plane obligationem producit ciuilem, adeoque neque actionem, neque exceptionem v. c. in muliere ſoluente, poſterius autem, quod exceptionem ſolum producit, v. c. in filiofamilias ſoluente. Exceptio igitur haec dici debet *indebiti reſp. tantum talis,* neque huic poſtremo obſtat *Lex* vexatiſſima *frater a fratre 38. ff. de cond. indeb.* de qua in Prael. MAD.

1070) Nam transactio excludit errorem & adeo indebiti condict. *L. 65. §. 1. ff. L. 2. C. h. t. ſi autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta eſt, repetitio datur.* MAD.

1071) Quum vero iuramentum errorem non excludat, huic exceptioni quoque nihil dandum eſt. *L. 11. C. h. t.* quam allegat SCHMID. *§. 1249. n. d.* nihil probat. IO. WVNDERLICH. diſſ. *de condictionis indebiti renunciatione.* Ien. 1757. C. H. BREVNING. diſſ. *an renunciatio condictionis indebiti valeat.* Lipſ. 1773. MAD.

1072) Dubitans vero habetur pro ignorante, *L. 11. C. de cond. indeb.* MAD.

1073) Quam tamen reus probare tenetur, & tunc vtique peremtoria eſt, vid. n. 1062. ad §. 5. MAD.

Digitized by Google

8. *non locupletior factus ſum* 1074),

9. *doli commiſſi* 1075).

Libellus.

Kläger bringet klagend an, was maßen er nach Abſterben ſeines Bruders Sempronii demſelben ab inteſtato ſuccediret, worauf ihm Beklagter den 2 Jul. 1747. eine von dem Erblaſſer ausgeſtellte und verfallene Obligation auf 10000 Rthlr. produciret, und ſo wol des Capitals als derer von 3 Jahren aufgelaufenen Intereſſen Zahlung von Klägern gefordert, welches auch Kläger, in Meynung, daß dieſe Forderung richtig ſey, baar abgetragen. Wenn ſich aber nunmehro, wegen obgedachter Obligation der Mortifications-Schein aufgefunden, und daraus am Tage lieget, daß Beklagter ſothanes Capital nebſt Intereſſen indebite bekommen, die Zahlung auch von Klägern per errorem, immaſſen er von dieſem Mortifications-Scheine nichts gewußt, geſchehen; Beklagter aber ſich, ohnerachtet er demſelben dieſen Mortifications-Schein gezeiget, zur Wiedererſtattung nicht verſtehen will; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die *libellirten* und empfangenen 10000 Rthlr. nebſt allen Zinſen 1076) von Zeit der erhaltenen Zahlung und verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

1074) Scil. in pupillo, quoniam pupillus ſolum ex re locupletior factus obligatur. MAD.

1075) Haec iam ſub n. 6. continetur. MAD.
Add.
10. *erroris iuris.* HOM.

1076) Vid. not. 1058. ad §. 4. MAD.

SECT. II. CAP. II.

MEMBRVM XVIII.

DE ACTIONE DE RECEPTO.

§. 1.

Quaſi contractus RECEPTIONIS 1077) eſt *vnilateralis*, *quo exercitor nauis*, *cauponae* vel *ſtabuli recipiendo hoſpitum*, vel *vectorum res*, *ad quaeuis damna*, *in rebus receptis data*, *reſarcienda obſtringitur.* De act. de recepto indole §. 1-5.

§. 2.

Oritur inde ACTIO DE RECEPTO, quae eſt perſonalis, praetoria, & *datur vectoribus ac hoſpitibus*, & eorum heredibus, *aduerſus exercitorem nauis*,

1077) Sed receptum non aequiparatur obligationi ex contractu, ſed potius continet pactum Praetorium, conſenſu vero ſuffultum, qui exercitio ipſius negotii declaratur, ſimulque haec obligatio reputatur, quaſi ex delicto orta eſſet, vnde etiam ad exemplum Aquilianae actio datur in duplum, *L. 7. §. 3. ff. h. t.* *§. 3. I. de obl. quae quaſi ex del.* Monſtroſam inde DD. formarunt diuiſionem in delicta vera & quaſi delicta, prout aut doloſa aut culpoſa eſſent, ſed negamus 1) in obligationibus quae quaſ. ex del. naſcuntur, occurrere delictum veri nominis, nullamque adeo 2) criminalem conſiderationem eas mereri, *quam tamen ſemper merentur delicta culpoſa*, 3) nunquam apud romanos vltra obligationes ab Imperatore tit. cit. nominatas vllum negotium comparari cum delicto, adeoque a ſpecie ad genus concludunt etiam, qui ſibi Philoſophi videntur, quum neutiquam romani omnia delicta culpoſa dixerint *quaſi delicta* (quae locutio inſuper plane non obuenit. KOCH. *Inſt. iur. crim. cap. II. §. 12. not. 2.*) MAD.

Digitized by Google

nauis, cauponae vel *ſtabuli* 1078), *ad receptas res reſtituendas, & damna reſarcienda.*

§. 3.

Conductores ordinarii aduerſus cauponem non hac, ſed conducti actione experiri debent 1079), adeoque *damna lata, aut leui culpa locatoris data eſſe* probare debent, quod in actione de recepto non requiritur 1080).

§. 4.

Contra bloße Schenkwirthe 1081) non datur 1082). Aduerſus aurigas 1083) ordinarios & poſtarum magiſtros vtiliter 1084) adplicatur

1078) Horumque hominum heredes, ſi forſan ante reſtitutionem rerum receptarum ipſi caupones &c. diem ſuum vltimum obierint. MAD.

1079) Eum nempe in finem, vt tantum aduerſus locatorem eiusque heredes agi poſſit, ſi damnum ab illis ipſis, non vero ſi ab aliis hominibus, in caupona illatum eſt. Reſpiciendum igitur eſt ad id, vtrum conduxerit ibi viator, nec ne. Priori in caſu non haec, ſed actio ciuilis ex conducto datur, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* poſteriori vero exercitor nauis &c. hac actione conuenitur. MAD.

1080) Confer. LEYSER. *ad ff. Spec. 66. Med. 1.* HOM.

1081) Scil. contra oenopolas, qui cereuiſiam aut vinum ſolummodo vendunt, & contra eos, quos hodie vocamus Billiardeurs quatenus nullam profeſſionem receptionis hominum eorumque rerum faciunt, non datur. MAD.

1082) Confer. WERNHER. *Part. IX. Obſ. 229.* HOM.

1083) Add. publicos. HOM.

1084) Reſpectu aurigarum, ſi huius rei faciunt profeſſionem, ſiue publicam cauſam habeant, vt in Germania die Landkutſcher, ſiue priuatam tantum cauſam, veram putamus *Auct.* ſententiam, quoniam tum ſtabulariis atque nautis proxime comparari poſſunt. Sed poſta-

tur 1085). Aduerſus plures exercitores in ſolidum datur.

§. 5.

Finis eo tendit, *vt res receptas ſaluas reſtituat.* Hinc **Finis.**

1. *ſi perierunt*, vel *furto ablatae ſunt* 1086), *aeſtimatio danda*,

2. *ſi damnum tantum datum*, & re adhuc vti poſſit actor, *damnum reparandum venit* 1087).

poſtarum magiſtri non ſecundum hoc Praetoris edictum ſed ſec. ordinationes poſtarum, vulgo die Poſtordnungen, aeſtimari debent, quoniam poſtarum negotium nomine ipſius ſuperioris exercetur, ad quem etiam reditus veniunt, magiſtri autem poſtarum officium tantum publicum habent. MAD.

1085) BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 8. n. 2.* LEYSER. *ad ff. Spec. 66. Med. 3.* F. C. HARPRECHT. diſſ. *de actione vtili de recepto.* E. I. TENZEL. diſſ. *magiſtros poſtarum teneri ex actione de recepto.* HOM.

1086) *L. 3. §. 1. ff. naut. caupones. — at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamſi ſine culpa eius res periit, vel dammum datum eſt; niſi ſi quid damno fatali contingit. L. 7. pr. eod. nec immerito factum eorum* (omnium nautarum ſuorum ſiue liberi, ſiue ſerui) *praeſtat, quum ipſe eos ſuo periculo adhibuerit — §. 4. — culpae ſcil. ſuae, qui tales adhibuit* — At viatorum aut vectorum factum non praeſtat, quippe quos eligere non videtur, tamen inhabitatorum perpetuorum, *nam eos quodammodo elegit.* VLP. *L. vn. §. 6. ff. furti aduerſ. naut.* & PAVLL. *L. 6. §. 2. 3. ff. h. t.* Quum tamen idem VLP. *L. 1. in f.* & *L. 3. pr. h. t.* atque CAIVS *L. 2. h. t.* viatorum etiam factum praeſtandum eſſe dicant, diſtinguunt inter actionem ſimplicem, quae eſt ex conuentione, & actionem in factum quaſi ex delicto ſcil. furto. In priori praeſtandum eſſe factum viatorum &c. poſteriori autem non, aſſerunt. Vid. FACII Ευαντ. *cent. VIII. 57.* MAD.

1087) In ſimplum. Si famulitium cauponis damnum dedit, actione in factum ad duplum eius, quod abeſt, praeſtandum, *L. f. §. 1. ff. nautae, caup. ſtab.* HOM.

Digitized by Google

§. 6.

Eius fundamenta §. 6-9.

Fundamenta ſunt:

1. *exercitium nauis, cauponae*, vel *ſtabuli*,
2. *receptio rerum* 1088),
3. *damnum* 1089) *datum*, vel *furtum factum eſſe*.

§. 7.

In hac probatione circumſpecte verſabitur actor. Quo enim facilior eſt primi fundamenti, eo difficiliorem viam in ſecundo & tertio probando inueniet.

§. 8.

In hac probatione attendendum

1. *quis receperit*, an *ipſe*, aut *alius ad recipiendas res conſtitutus* 1090),
2. *exiſtentia rerum* probanda venit.

   Si tamen ſemiplenam etiam tantum probationem dederit, ad ſuppletorium iuramentum eſt admittendus 1091).

3. *qualitas rerum*, *tempore receptionis*, quod maxime, ſi damna petat 1092) neceſſarium,
4. *rerum pretium* 1093) probandum eſt. Eritque pariter iuramento locus.

§. 9.

1088) Tum propriarum, quam alienarum, cum interſit, eas ſaluas eſſe. HOM.

1089) Culpa leuiſſima. HOM.

1090) Quia, ſi alius ex familia ipſius cauponis res receperit, ad eas recipiendas non conſtitutus, actione de recepto agi nequit, *L. 3. §. 3. h. t.* MAD.

1091) Conf. WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 320.* HOM.

1092) Sed etiam tum, ſi aeſtimatio harum rerum ablatarum a recipiente caupone petitur. MAD.

1093) Et quidem ordinarium, ex loco domicilii vectoris vel viatoris aeſtimandum, aut quanti emtae ſunt, quia

§. 9.

Competens iudex eſt *domicilii*, vel *quaſi contractus receptionis* 1094).

§. 10.

Exceptiones deſeruiunt: **Except. oppon.**

1. *exercitii pro parte tantum ad reum pertinentis* 1095),
2. *nec ipſe res recepi, nec alius ad receptionem conſtitutus res recepit,*
3. *damni culpa actoris dati,*
4. *damni fatalis extrinſecus* 1096) *exſiſtentis* 1097),
5. *proteſtationis tempeſtiue factae, de periculo non ſuſcipiendo* 1098), *L. 7. pr. ff. h. t.*

Y 5 Libel-

quia hac ratione tantum aeſtimari licet, quantum viatori ex ſuo patrimonio abſit, arg. *L. 2. §. 4. ff. de Lege Rhodia.* Non igitur ex loco receptionis. MAD.

1094) In cauponibus atque ſtabulariis quidem forum domicilii & receptionis idem eſt, in nautis autem atque aurigis diuerſa eſſe poſſunt. MAD.

1095) Quoniam quisque ſolum pro ea parte tenetur, qua nauim &c. exercet, *L. ſ. §. 5. ff. h. t.* MAD.

1096) Sed ſiue extrinſecus, ſiue intrinſecus contingat, modo non fiat per eos, quorum facta praeſtat caupo. MAD.

1097) WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 320.* G. F. KRAVS. diſſ. *de actione de receptis caſum fortuitum non perſequente.* HOM.

1098) *Et actoris in praedictionem conſenſus.* Add.
6. *non exercitae publicae tabernae,*
7. *retentionis.* HOM.

Digitized by Google

Libellus.

Klaget kürzlich, welchergeſtalt er bey ſeiner Durchreiſe allhier, in das Wirthshaus N. genannt, worinnen **Beklagter die Wirthſchaft treibet**, eingekehret, da denn Beklagter ihm nicht allein eine Stube eingeräumet, ſondern auch durch die hiezu beſtellten Leute Klägers Sachen hineinſchaffen laſſen. Nachdem nun Kläger zu Mittage ausgegangen, und alles wohl verſchloſſen, hat er bey ſeiner Zurückkunft die Thüre offen, und ſeinen Coffre, worinnen die ſub A. ſpecificirten Sachen, deren Werth zuſammen 360 Thlr. beträgt, leer gefunden. Worauf Kläger denn ſogleich Beklagten die Diebſtahl wiſſen laſſen, und von ihm die Erſetzung des Schadens, wozu er denen Rechten nach verbunden, verlanget; Wann ſich aber Beklagter deſſen verweigert; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die *libell*irten 360 Thlr. als den Werth derer aus dem Coffre entwendeten, und *ſub A. ſpecifici*rten Sachen Klägern nebſt allen verurſachten Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

SECTIO III.

CAP. I.

DE ACTIONIBVS MIXTIS IN GENERE.

§. 1.

ACTIONES MIXTAE ſunt, *quae partim ex iure in re, partim ad rem deſcendunt.* De act. mixtar. indole §. 1 - 8.

§. 2.

Duo itaque actionum mixtarum fundamenta ſunt:

1. *ſpecies iuris in re,*
2. *quaſi contractus*, vel *aliud factum obligatorium.*

§. 3.

Hinc duplex finis eſt actionum mixtarum,

1. *ad ius in re declarandum, & eius effectus conſequendos,*
2. *ad conſequendas praeſtationes* 1099) *perſonales.*

§. 4.

Hae actiones mixtae 1100) tamen, vel ex intentione agentis, vel ob aliquod agendi fundamentum deficiens,

1099) Ex obligatione quaſi ex contractu, aut immediata legis diſpoſitione oriundas. MAD.

1100) Diximus *not. 6. ad §. 5. comment. gen.* reales actiones omnes fere mixtas eſſe poſſe, & ſic etiam in hiſce propriis ſpeciebus hae actiones mere reales eſſe poſſunt, ſi poſſeſſor eas non ſimul adminiſtrauit. Sed mere perſonales eſſe poſſe dubitamus, quum & in actione communi diuidundo non ad ſolas rationes reddendas agatur. MAD.

Digitized by Google

ciens, vel *mere perſonales*, vel *mere reales* eſſe poſſunt. Ex quo eſt, quod Imperator *ſ. 20. I. de act.* tantum dicat, actiones mixtae *videntur.*

§. 5.

Vtrumque fundamentum in his actionibus mixtis, quum nullum praeſumatur, *probandum eſt.*

§. 6.

Iudex competens in actionibus mixtis eſt iudex domicilii. Quum enim neque ex iure mere reali, nec mere perſonali agatur, vix competens iudex haberi poteſt aut rei ſitae, aut quaſi contractus. Interim plerique etiam in foro rei ſitae inſtitui, arg. *L. f. C. vbi in rem act.* ſtatuunt. Quod etiam praxis 1101) tenet.

§. 7.

Actiones mixtae ſunt perpetuae 1102), *L. 35. ff. de oblig. & act.*

§. 8.

Tranſeunt ad heredes *vtrinque*, quatenus ſunt perſonales, quatenus vero ſunt reales, *ad heredes quidem actoris ſemper tranſeunt*, non vero aduerſus heredes rei, niſi quatenus ſunt poſſeſſores.

§. 9.

1101) Recte ſequitur, quum generaliter *L. cit.* loquatur: *ſed & in locis, in quibus res, propter quas contenditur, conſtitutae ſunt, iubemus in rem actionem aduerſus poſſidentem moueri.* MAD.

Conf. WERNHER. *Part. III. Obſ. 183.* HOM.

1102) Et durant per 30 annos, quod melius probatur *L. 1. §. 1. C. de annal. except. L. fin. C. fin. regund.* In Saxonia adduntur 1 an. 6 ſept. 3 dies. HOM.

§. 9.

Specialem nunc tractationem ſuſcepturus ſequentes actiones enucleabo:

1. HEREDITATIS PETITIONEM, qua occaſione ſimul
    a. QVERELAM NVLLITATIS,
    b. QVERELAM INOFFICIOSI TESTAMENTI,
    c. REMEDIVM *L. f. C. de Edict. D. Hadriani toll.* explicabo.
2. FAMILIAE ERCISCVNDAE,
3. COMMVNI DIVIDVNDO,
4. FINIVM REGVNDORVM actiones.

Digitized by Google

SECT. III. CAP. II.

MEMBRVM I.

DE
HEREDITATIS PETITIONE.

§. 1.

IVS HEREDITARIVM eſt *ius ſuccedendi in vniuerſum ius, quod defunctus* 1103) *habuit, tranſmiſſibile.*

§. 2.

De hered. pet. indole §. 2-7.

Ad ius hereditarium 1104) conſequendum datur HEREDITATIS PETITIO, quae eſt actio mixta, & datur *heredi aduerſus quemcunque, qui res hereditarias* 1105), vel *pro herede*, vel *pro poſſeſſore poſſidet, ad conſequendam hereditatem, & praeſtationes perſonales faciendas* 1106).

§. 3.

Datur *heredi*, ſiue teſtamentario 1107), ſiue legitimo, ſiue ſubſtituto 1108), ſiue bonorum poſſeſſoribus 1109). *Vtiliter* etiam *ad fideicommiſſarios*

1103) Tempore mortis. HOM.

1104) Potius ad hereditatem obiectiue ſpectatam conſequendam. MAD.

1105) Tamquam vniuerſitatem iuris. MAD.

1106) Deſcendit haec actio ex iure hereditario & quaſi contractu adminiſtrationis hereditatis. HOM.

1107) Add. ſiue pactitio. HOM.

1108) Add. ſiue heredi pro parte tali, & vocatur in Digeſtis actio ſi pars hereditatis petatur. HOM.

1109) Scil. poſſeſſoria hereditatis petitio. HOM.

Digitized by Google

rios 1110) *vniuerſales* 1111), & *emtores hereditarios* 1112) adplicatur, *L.* 2. *ſ.* 18. & *L.* 13. *ff. de hered. vend.*

§. 4.

Conceditur *contra eum*, *qui* vel *pro herede*, vel pro *poſſeſſore*, vel vere vel ficte *poſſidet* 1113).

§. 5.

Poſſeſſor itaque *titulum*, *quo poſſidet*, *actori edere debet* 1114), *L.* 11. *C. de pet. hered.* quod ſingulare eſt 1115).

§. 6.

1110) Contra extraneos hereditatis poſſeſſores, non vero aduerſus ipſos heredes fiduciarios, quippe contra quos iure recentiori tantum actione perſonali ex teſtamento agi poteſt. MAD.

1111) Ceſſione verbis a fiduciario facta, & dicitur fideicommiſſaria hereditatis petitio. HOM.

1112) Interdum heres actor tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſuccedere poteſt, tunc conſilii, vt in hac actione alterutrum exprimat, etenim in vno modo ſuccedendi ſi ſuccumbit, ex altero de nouo agere poteſt, nec obſtat ei exceptio rei iudicatae. Imo reus quoque per iudicem vrgere poteſt, vt actor exprimat, an ex teſtamento, an ab inteſtato heres ſit, ſi forte hoc ſcire rei interſit, STRYCK. *de act. for. Sect. II. membr.* 3. §. 3. HOM.

1113) *Pro poſſeſſore* hic *poſſidere* notat, pro herede praetorio ſ. ex edicto praetoris ſucceſſorio rem tenere velle. Falſam vero huius poſſeſſoris notionem dedit, VLPIANVS in *L.* 12. *ſeq. ff. de hered. pet.* Vid. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ.* 675. HOM.

1114) Quoniam, ſi alio titulo ſiue vniuerſali v. c. titulo peculii, ſiue ſingulari, aut nullo plane titulo poſſideret, contra eum non hereditatis petitio, ſed alia actio conueniens inſtituenda eſſet. MAD.

1115) Hodie vero interrogatione olim neceſſaria non opus eſt, potius rei vindicatio cum hereditatis petitione cumulari poteſt, BOEHMER. *de act. Sect. II. cap.* 2. §. 16. Quid quod ſaepe hereditatis petitio contra

Digitized by Google

§. 6.

Competit etiam contra debitorem hereditarium, qui ideo renuit ſolutionem, quia ſe eſſe heredem adſerit 1116), *L. 13. ſ. f.* & *L. 14. ff. de her. pet.*

§. 7.

Fines. Fines ſunt:

1. *ad res hereditarias mediante inuentario, aut iurata ſpecificatione, reſtituendas* 1117),
2. *ad res alienas v. c. commodatas, depoſitas quoque in hereditate repertas*, ſicut &
3. *ad fructus perceptos & percipiendos reddendos* 1118),
4. *ad pretium ex alienatione rerum redactum tradendum* 1119),

5. *ad*

contra eum, qui titulo ſingulari non poſſidet, inſtituta, in rei vindicationem benigna interpretatione conuertitur. LEYSER. *ad ff. Spec. 94. Med. 2.* HOM.

1116) Adeoque *vt iuris poſſeſſor* ceu in *citt. legg.* nominatur, non vero hered. petitio locum habet, ſi tantum negat aut dubitat, actorem eſſe heredem, *L. 42. ff. h. t.* MAD.

1117) Contra contumaces iuratur in litem, WERNHER. *Part. VIII. Obſ. 434.* HOM.

1118) Scil. extantes & conſumtos b. f. poſſeſſor reſtituit, quatenus locupletior inde exiſtat, videat. HERING. *diſſ. de prodigo felici* &c. inde, ſi quid dilapidauit, donauit aut remunerauit non reſtituendum, ſed ſi remunerationem accepit, reddendum quaſi eſſet permutatio, *L. 25. §. 11. ff. h. t.* MAD.

In Saxon. El. bonae fidei poſſeſſor fructus perceptos vltimi anni, qui in mala fide eſt, perceptos & percipiendos a tribus vltimis annis reſtituit. DECIS. REG. *II. de an. 1746.* HOM.

1119) Quoniam in hereditate qua vniuerſitate iuris pretium ſuccedit in locum rei, & res in locum pretii, ex SCto cuius meminit PAVLL. *L. 22. ff. h. t.* & vna

Digitized by Google

5. *ad debita exacta praeſtanda*,
6. *ad damna* lata aut leui 1120) *culpa data reſarcienda* 1121).

M. f. poſſeſſor etiam de quauis culpa & caſu fortuito tenetur, *L. 40. pr. ff. de hered. petit.* 1122)

§. 8.

Tria cognoſcis fundamenta: De eius fundam. §. 7-22.

a. *ius hereditarium* 1123),
b. *adminiſtrationem hereditatis*,
c. *poſſeſſionem hereditatis*, vel totius vel partis vel rei ſingularis, *pro herede* vel *poſſeſſore* 1124).

§. 9.

vna cum poena, quam lucratus eſt venditor, ſed ita demum, ſi pretium ſupereſt, non vero ſi conſumſeſerit, perdiderit, donauerit b. f. poſſeſſor, *L. 22 & 23. h. t.* De poena conuentionali autem, vt & de poena propter damni dati inficiationem, non autem quae cum perſona ſolum cohaeret & vi deiecto praeſtatur, prouti conciliandae ſunt *LL. cit.* cum *L. 24.* vid. PACII *Evavt. cent. 10. qu. 40.* Malae fidei poſſeſſor omne pretium reſtituit, ſiue locupletior ſit factus, nec ne. In *hoc* etiam actoris eſt electio, vtrum rem recipere (ſi forſan venditor iterum rem habeat) an vero pretium, b. f. autem poſſeſſor rem tantum reſtituere debet & quod ex venditione lucratus eſt, *L. 22. in f. cit.* MAD.

1120) Add. *& leuiſſima.* HOM.

1121) Add. prout lis conteſtata, aut non. HOM.

1122) Aliquando iudex imploratur, vt, cum metus diſtractionis rerum hereditariarum adſit, & cautio non praeſtita, emittat praeceptum inhibitiuum, aut ſequeſtrum conſtituat, *L. 5. ff. de hered. pet.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. II. Tit. IX. th. 54. n. 8.* WERNHER. *Part. VI. Obſ. 399.* HOM.

1123) Primum fundamentum potius ſic ponas: *Mors & ius hereditarium.* HOM.

1124) Ratione probationis diſt. vel de probatione her. pet. quatenus realis vel quatenus perſonalis eſt.

§. 9.

Mors eius, cuius hereditatem petit, *quoque probanda eſt* 1125). Probatur per praeſumtionem, ſi abſens ſeptuaginta annos ſit, quo caſu aetas adhibitaque diligentia in perſcrutanda commoratione probari debent 1126). Alias probatur non tantum per atteſtata 1127) magiſtratus, & praefecti militis 1128), ſed etiam per teſtes 1129).

§. 10.

Poſteriori in caſu probandum eſt 1) reum adminiſtraſſe hereditatem aut totam aut pro parte quota, 2) ratione damnorum probari debet, reum culpa ſua hereditati damnum intuliſſe. *Priori* vero 1) probanda eſt mors eius cuius hereditatem petit, 2) ipſius iuris hereditarii competentia §. 10—20. 3) poſſeſſio ipſius hereditatis aut totius aut partis quotae. MAD.

1125) Si eam negat reus, neque ea notoria eſt. Praeſumtio, de qua *Auctor* loquitur, de iure communi admitti nequit, valet tamen in Saxonia & quibusdam aliis territoriis. Et ſic ea adſumi prius nequit, quam ſi ad peremtoriam citationem non compareat & pro mortuo declaretur. Haec citatio adgnatis patet in terris Boruſſo-Brandenburgicis, ſi quis intra decennium neminem de vita ſua aut ſuo loco certiorem reddiderit. MAD.

1126) Confer. CARZOV. in *Iurispr. For. P. III. C.* 15. *Def.* 57. Ad annum aetatis centeſimum reſpiciendum, ſi ſeptuagenarius demum abſens ſit. F. A. HOMMEL. in diſſ. *Septuagenarius abſens factus quando mortuus praeſumatur.* In Saxon. El. abſens mortuus praeſumitur poſt annum viceſimum a tempore; quo quis de eius vita & domicilio nullam vlterius habuit notitiam. Vid. MANDAT. *d. d.* 13. *Nouembr.* 1779. HOM.

1127) Clericorum, ex libris eccleſiaſticis. HOM.

1128) Quoque iniurata. HOM.

1129) Interdum & vnicus ſufficit, vt ſi in acie, vel peſte periit, arg. *cap.* 19. *X. de Sponſal.* BERGER. *loc. cit. n.* 3. HOM.

Digitized by Google

§. 10.

Ius hereditarium probaturus probet delationem vel per teſtamentum, vel per ſucceſſionem ab inteſtato, vel per pactum 1130).

§. 11.

Teſtamentum requiritur validum, quodſi tamen vitio viſibili non laboret, praeſumitur validitas. Teſtamentum nuncupatiuum teſtium teſtimonio eſt probandum 1131).

§. 12.

Reſpectu ſucceſſionis ab inteſtato probare debet actor ius, ex quo ſuccedendi poteſtas ab inteſtato defluit.

§. 13.

Inde vel conſanguinitas 1132), vel coniugium, vel ius collegii, vel ius fiſci in demonſtrationem venit.

§. 14.

Conſanguinitas non probatur per *ſtemma familiae*, den Stammbaum, niſi confirmetur durch die Tauf- und Todtenſcheine 1133).

Z 2 §. 15.

1130) Aliquando ſufficit, ſi probat, ſe hereditatem emiſſe, cum de iure venditoris non dubitatur. HOM.

1131) Quodſi autem teſtes omnes deceſſerint, antequam probatio teſtamenti nuncupatiui in iudicio praeſtari poteſt, omnino inſtrumentum notarii aut alia ſcriptura, qua teſtamentum illud continetur — ad probationem admitti debent, virtus autem eorum probandi ex generalibus principiis de fide inſtrumentorum aeſtimanda erit. MAD.

Vnico teſte adhuc extante, heres ad iusiurandum ſuppletorium eſt admittendus, BERGER. in *Oec. Iur. loc. cit. th.* 3. *n.* 5. HOM.

1132) Potius cognatio. Nam conſanguinitas in ſignificatu iuris antiqui illis ſolum tribuenda, qui ſub vnius patria poteſtate fuerunt, iure nouiori autem, qui ab eodem patre progeniti ſunt. MAD.

1133) Proximitas in conſanguitate non eſt probanda, ſi hereditas ab extraneo non conſanguineo poſſidetur, bene

Digitized by Google

§. 15.

Si proximiores aut aeque proximi in ſchemate deprehendantur, adtende vt probes, vel

1. *quod mortui ſint* 1134), vel
2. *quod non habeant teſtamenti factionem paſſiuam*, vel
3. *pactis renunciauerint hereditati* 1135).

§. 16.

Quando coniux ſuperſtes, ex edicto *vnde vir & vxor* agit, probandum eſt,

1. *coniugium* 1136), durch den Trauſchein,
2. *quod defunctus alios ſucceſſores cognatos non reliquerit.*

§. 17.

Vidua vel viduo ob portionem ſtatutariam agente, ſolum coniugium 1137) probaſſe ſufficit 1138).

§. 18.

bene vero, ſi aeque conſanguineus eam tenet, cum in pari iure melior ſit conditio poſſidentis. Diſſentit LEYSER. *ad ff. Spec. 98. Med. 9.* HOM.

1134) Ante mortem defuncti, de cuius hereditate quaeritur; quoniam ſi poſt mortem eius deceſſerint, ius ſuccedendi ad ſuos deſcendentes ceteroſque heredes omnino transmittere potuerunt ſecundum ea, quae de transmiſſione hereditatis in iure hereditario dicenda ſunt. MAD.

1135) Generale vero magiſtratus atteſtatum, actorem proximum eſſe heredem, non ſufficit, LEYSER. *loc. cit. coroll. 1.* HOM.

1136) Niſi notorium ſit; quo facilius hoc momentum, eo difficilius alterum in probatione; & vix vlla alia ratione certum fieri poteſt, quam per citationem edictalem & inde ſecutam ſententiam praecluſoriam. MAD.

1137) Per thori conſcenſionem conſumatum. HOM.

1138) Quoniam coniux ſuperſtes portionem ſtatutariam accipit, licet alii defuncti cognati quoque ſuccedant, &

Digitized by Google

§. 18.

Si vero ex *Nou. 117.* coniuges agunt, *probanda eſt*, praeter coniugium, *inopia* 1139).

§. 19.

Collegium 1140) defuncti hereditatem petens probare debet

a. *defunctum alios ſucceſſores legitimos* non *reliquiſſe*,

b. *quod defunctus membrum fuerit huius collegii*,

c. *quod collegium* 1141) *a principe ſit confirmatum.*

& portio ſtatutaria probatione non indiget, quia legis eſt. MAD.

In Saxon. vid. IVS PROV. SAX. *Lib. I. Art. 31.* CONST. SAX. EL. 20. & 22. *Part. III.* HOM.

1139) Noſtra ex ſententia ſecundum hanc *Nouell.* & *Nou. 53. c. 6.* vxor tantum gratuita hac ſucceſſione gaudet, de qua re plura in *iur. hered.* dicturi ſumus. Et quamuis in hac ſucceſſione etiam requiratur, vt defunctus coniux locuples ſit, illud tamen ab actrice probandum non eſt, quoniam partim ſemper maritus indotata muliere locupletior praeſumendus, partim quia ad exceptiones rei pertinet, ab eo potius probandas. MAD.

1140) Cui ſpeciatim ius ſuccedendi datum eſt, vid. *L. 1. ſeqq. C. de hered. decur.* HOM.

1141) *Auctor* in ea ſententia eſſe videtur, quoduis collegium a Principe confirmatum hoc ſucceſſionis iure gaudere, ſed niſi leges prouinciales aut ſcriptae, aut non ſcriptae priuilegium hoc illis indulſerunt, propter naturam priuilegii vltra collegia iure rom. determinata extendendum non eſt. MAD.

Digitized by Google

§. 20.

Fiſcus hereditatem ſibi vindicaturus probat

1. *vacantem eſſe hereditatem* 1142),
2. *quod habeat iurisdictionem criminalem* 1143),
3. *quod defunctus* vel *ſub ipſius iurisdictione habuerit domicilium*, quoad res mobiles, vel *res ſub iurisdictione ſint ſitae*, quoad res immobiles 1144).

§. 21.

Adminiſtratio hereditatis & poſſeſſio pariter in probationem veniunt.

§. 22.

For. compet. Actio haec tam in foro *domicilii poſſeſſoris*, quam *rei ſitae* rite inſtituitur 1145). Male autem in foro defuncti 1146).

§. 23.

1142) I. e. a defuncto nullos cognatos aut coniugem eſſe relictos, at priuilegiatam ratione collegiorum obtinere non poſſe in dato caſu, non a fiſco, ſed potius a collegio probari debet, quia quaeſtio facti eſt, & quoniam hypotheſis ſub qua priuilegium competit, ſemper ab eo probari debet, qui illud ſibi adſerit. MAD.

1143) Sed & de iure communi in Germania valente, vti iure romano non alii, quam fiſco ſuperioris haec ſucceſſio ex iure ſibi vindicandi bona vacantia orta tribuenda eſt, *L. 1. ff. de ſucceſſ. ed. L. 1. 4. C. de bon. vac.* Etiam hodie bona vacantia adquirendi ius ad regalia pertinet. *Auct.* igitur propoſitio ſolum de terris Saxonicis valere videtur, inde orta, quod merum imperium, quod quandoque Procuratori Caeſaris, Rationalibus &c. tribuitur, criminalem iurisdictionem comprehendiſſe putatum ſit. MAD.

1144) Add. C. F. WINCKLER. diſſ. *de ſucceſſione fiſci ex iur. rom. germ. & Lubecenſi.* In Sax. vid. DECIS. EL. 54. HOM.

1145) Conf. LEYSER. *ad ff. Spec. 44. Med. 1.* HOM.

1146) Quoniam defunctus non conuenitur, ſed poſſeſſor hereditatis. MAD.

Digitized by Google

§. 23.

Durat per *triginta* annos 1147).

§. 24.

Exceptiones ſunt, Except. oppon.

1. *deficientis iuſtae praeſumtionis mortis*,
2. *rei in teſtamento heredis inſtituti*,
3. *deficientis teſtamenti factionis paſſiuae*,
4. *teſtamenti nullius*, *rupti*, *irriti*, *inofficioſi*,
5. *proximioris iuris ſuccedendi*,
6. *iuris cohereditarii*,
7. *pacti inualidi*,
8. *deficientis legitimae conſanguinitatis*,
9. *deficientis legitimi coniugii*,
10. *nondum ſecutae thori coniugalis conſcenſionis*,
11. *renunciationis*,
12. *deficientis inopiae*,
13. *ſtatuti portionem ſtatutariam adimentis*,
14. *defunctus ante mortem collegio renunciauit*,
15. *collegii illiciti* 1148),
16. *hereditatis nondum vacantis*,
17. *non competentis iurisdictionis criminalis*,
18. *defunctus ante mortem domicilium mutauit*,

1147) In Saxon. adduntur 1 an. 6 ſept. 3 dies. Nec diutius durat in liberis ſi agunt, BERGER. in *Oec. Iur. Lib. II. Tit. IV. th. 54. n. 11.* C. L. CRELL. diſſ. *de praeſcriptione petitionis hereditatis paternae & auitae.* A. F. SCHOTT. diſſ. *de iuſto praeſcriptionis tempore in paterna hereditate petenda liberis definito.* HOM.

1148) *Aut iure ſucceſſionis non gaudentis.* HOM.

19. *rerum caſu deperditarum*,

20. *culpae tantum in concreto praeſtandae*, ob ius cohereditarium 1149).

Libellus.

Bringet klagend an, was maßen Seius, ſo den 1 Aug. 1747. verſtorben, Klägern zu ſeinen Univerſal-Erben in einem unterm 10 Decemb. 1746. errichteten Teſtament eingeſetzt. Nachdem ſich aber Beklagter als vermeinter Erbe ab inteſtato der Erbſchaft angemaßt, und ſolche annoch beſitzt, ſich aber in Güte zu deren Abtretung nicht verſtehen will; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die *libellirte* Erbſchaft mittelſt eines *Inuentarii*, oder in deſſen Ermangelung einer eidlichen Specification, Klägern *cum fructibus perceptis & percipiendis* abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

1149) Addat.

21. *except. expenſarum neceſſariarum & utilium erogatarum nondum reſtitutarum.* HOM.

SECT. III. CAP. II.

MEMBRVM II.

DE QVERELA NVLLITATIS.

§. 1.

QVERELA NVLLITATIS eſt *actio realis* 1150) *ciuilis, quae datur heredi teſtamentum nullum adſerenti, contra heredem in teſtamento ſcriptum, ad teſtamentum nullum declarandum, & hereditatem ab inteſtato auocandam* 1151).

> De act. querel. nullitat. indole §. 1-4.

§. 2.

Datur illi heredi, qui, teſtamento non condito, ab inteſtato eſſet ſucceſſurus. Falſo vero BOEHMER. *Sect. 3. Cap. 2. §. 49.* 1152) illi, qui pacto hereditatem praetendit, hanc querelam tribuit.

1150) Potius *actio mixta.* HOM.

1151) Sed proprie querela nullitatis ſolum tendit ad teſtamentum nullum declarandum, vt autem hereditas ab inteſtato auocetur, petitum eſt hereditatis petitionis, quae cum querela nullitatis & querela inofficioſi cumulari ſolet. Quum potior finis ſemper eſſe ſoleat, vt hereditatem habeat actor, ſimpliciter quoque hereditatis petitione agi, & per modum replicarum teſtamentum nullum aut inofficioſum dici poteſt, atque adeo cumulatio non eſt, niſi replica libello inſerta eſt. MAD.

1152) Potius *Sect. II. cap. 3. §. 49. not. e.* Illud quidem verum eſt, ſi ex ſolo iure romano aeſtimatur haec querela, omnino vitium ipſius teſtamenti praeponit, quod propter pactum ſucceſſorium aſſumi nequit. Sed quum iure Germanico pactum ſucceſſorium ius irreuocabile tribuat heredi, adeoque teſtamentum valere nequeat contra eiusmodi pactum ſucceſſorium, etiam querela nullitatis vtiliter inſtituitur ab herede pactitio, & qui ex ſtatuto totam hereditatem petere poteſt. Sed & vtilis querela nullitatis locum habet contra pactum ſucceſſorium, ſi alter illud nullum ac inualidum dicit. MAD.

Digitized by Google

§. 3.

Competit contra heredem ſcriptum, qui adiit hereditatem. Contra tertium 1153) poſſeſſorem non datur.

§. 4.

Fines. Tendit haec actio

1. *ad teſtamentum nullum declarandum,*
2. *ad hereditatem mediante inuentario* 1154) *reſtituendam,*
3. *ad fructus hereditatis reſtituendos,*
4. *ad damna data reſarcienda;* ſed finis 2. 3. 4. magis ex cumulatione hereditatis petitionis, quam ex querela nullitatis promanat.

§. 5.

Eius fundam. §. 5-9. Fundamenta ſunt:

1. *ius ſuccedendi ab inteſtato actori competens,*
2. *nullitas teſtamenti,*
3. *aditio hereditatis reſpectu rei,*
4. *quod reus hereditatem poſſideat.*

§. 6.

Quum de fine 1. 3. 4. iam ſupra explanatio data, de fundamento 2. tantum dicam.

§. 7.

Nullitas teſtamenti probari debet, niſi vitio viſibili teſtamentum laboret.

§. 8.

Quum vero nullitas teſtamenti in hac querela omnes caſus complectatur, ex quibus teſtamentum 1155) eua-

1153) Add. alium. HOM.

1154) Add. *aut iurata ſpecificiatione.* HOM.

1155) Aut ab initio nullum, aut ex poſt facto nullum fit. MAD.

Digitized by Google

euaneſcit, ſequentes caſus nullitatem demonſtrabunt:

1. *deficient teſtamenti factio actiua teſtatoris,*
2. *teſtamentum imperfectum* 1156),
3. *defectus in heredis inſtitutione*, vel *quod plane non*, vel *quod non rite* 1157) *ſit inſtitutus heres* 1158),
4. *defectus reſpectu formae externae.*

§. 9.

Forum competens eſt *domicilii* & *hereditatis ſitae.*

§. 10.

Durat haec querela *perpetuo*, *L. 3. C. de praeſcr. 30 vel 40 annor.* & tranſit *vtrinque* ad heredes 1159).

§. 11.

Exceptiones medelam dabunt Except. oppon.

1. *teſtamenti iure praetorio validi*, *ob bonorum poſſeſſionem ſecundum tabb.*
2. *teſtamenti iure nuncupatiui validi* 1160),

3. de-

1156) Nempe ratione voluntatis, ſi ea omnia declarata non ſunt, quae teſtator declarare voluit aut debuit. MAD.

Si teſtator vltimam voluntatem ſuam, ob mortem ſuperuenientem, aut aliud impedimentum, non plene expoſuerit. HOM.

1157) V. g. aſcendens & deſcendens non nominatus & titulo honorabili, aut in teſtamento coeci non accurate deſcriptus. HOM.

1158) In Saxon. vid. CONST. EL. *9. Part. III.* HOM.

1159) Conf. T. I. REINHARTH. diſſ. *de querelarum nullitatis & inofficioſi teſtamenti differentiis & vſu earundem practico.* HOM.

1160) Cum defectus adſit in ſubſcriptione aut ſubſignatione teſtium. HOM.

3. *deficientis iuris ſuccedendi ab inteſtato* 1161),
4. *pacti renunciatiui* 1162).

Libellus.

Klaget, wie Seius, ſo den 1 Jan. 1747. geſtorben, ein ſchriftlich Teſtament vorhero gemacht, worin er Beklagten zu ſeinen Univerſal-Erben eingeſetzt. Ob nun wohl ſothanes Teſtament daher, daß der Zeuge N. da er weder ſchreiben noch leſen kann, ſondern ein anderer von denen Zeugen ſeinen Namen unterſchrieben, nicht beſtehen mag, ſo hat ſich dennoch Beklagter, als vermeinter teſtamentariſcher Erbe der Erbſchaft angemaßt, und weigert ſich an Klägern, als nächſten ſucceſſori ab inteſtato, die Erbſchaft abzutreten, daher Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert ꝛc. 1163)

Daß Beklagter die *libellirte* Erbſchaft mittelſt eines zu Recht beſtändigen *Inuentarii*, oder in deſſen Ermangelung einer eydlichen Specification, Klägern *cum fructibus perceptis & percipiendis* abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

1161) Atque adeo *tua non intereſt vtrum teſtamentum ſit validum nec ne.* MAD.

1162) Add.
5. *teſtamenti ob clauſulam codicillarem adiectam validi.* HOM.

1163) Petitum potius ſpeciale quoad hanc querelam ſic incipiendum: daß das inducirte Teſtament für einen zu rechtbeſtändigen Willen nicht zu achten, und daher Bekl. ꝛc. MAD.

Digitized by Google

SECT. III. CAP. II.

MEMBRVM III.

DE

QVERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

§. 1.

Inofficioſum teſtamentum eſt *in quo illi*, *quibus debetur legitima* 1264), *rite quidem*, *ſed inique ſunt excluſi* 1165). De querel. inoffic. teſtam. §. 1-8.

§. 2.

QVERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI eſt *actio praetoria* 1166) *perſonalis*, *quae datur iis*, *qui*

1164) Recte ſecundum ius recentius, alias inofficioſum dici poterat teſtamentum, quum legitima nondum introducta eſſet, & haec ſolum inuenta eſt ad excludendam inofficioſi querelam, vid. *noſtr. opuſc. viciſſitudines ſubſtitutionis exemplaris* (Hal. 1775.) §. 18. MAD.

1165) Dicatur de aliis actibus iuris inofficioſis. HOM.

1166) Sed querela inofficioſi a Praetoribus minime introducta, potius ex iudicatis iudicii centumuiralis orta eſt & apud eosdem centumuiros ſolum mouebatur. Reſciſſo per hanc querelam teſtamento, hereditas demum a Praetore pro tribunali ſedente petebatur, quae a iudicibus centumuiralibus iurisdictione haud praeditis inutiliter petita fuiſſet. Ab origine igitur querelae ea vtique differebat ab hereditatis petitione, quod & pluribus argumentis demonſtrari poſſet v. c. quod eatenus nullam ſucceſſionem habiturus de inofficioſo queri potuerit teſtamento. Poſtquam autem officium centumuiralium aliis etiam iudicibus communicatum fuit, non amplius diſtinguebatur, ſed cum ipſa hereditatis petitione coniungebatur. Et de hac nouiori forma ea tantum valent, quae pro defendenda hereditatis petitione ex cauſa inofficioſi protulit IOS. FINESTRES. & *de* MONSALVO *Prael. de inoffic. teſt.* (Ceruar. 1752.) *cap.* 1. 9. MAD.

Digitized by Google

qui in legitima rite quidem ſed inique ſunt excluſi, contra heredem in hoc teſtamento ſcriptum, ad reſcindendum teſtamentum & hereditatem ab inteſtato auocandam 1167).

§. 3.

Datur iis, quibus legitima debetur, vel deſcendentibus 1168), vel adſcendentibus, vel fratribus vel ſororibus germanis aut conſanguineis 1169), in eo tamen caſu, ſi perſona infamis, aut leuis notae macula laborans, ſit praelata, *L. 27. C. de inoff. teſt.* 1170)

§. 4.

Adrogatis impuberibus haec querela non competit, ſed *condictio ex L. 8. ſ. 15. ff. de inoff. teſt.*

1167) Huius querelae origo & fundamentum exponatur in praelectionibus. Vid. HEINECC. in *Pand. Part. II.* §. 46.* & 47. S. P. GASSER. diſſ. *de origine querelae inofficioſi teſtamenti.* HOM.

1168) Quoque ſpuriis ratione lineae maternae, *L. 29. §. 1. ff. de inoff. teſt.* HOM.

1169) Non vterinis, quod, vt nobis videtur, euictum dedit IOS. LVD. ERN. PÜTTMANNVS diſſ. *de querela inofficioſi fratribus vterinis haud concedenda.* Lipſ. 1776. illud tamen inter errores refert *Cl.* PAELICKE *Sect. IV. cap. II. m. 3. §. 6.* quo iure autem neſcimus, quum *Eius* diſſ. *de errorib. quibusd. circa quer. inoff. teſt.* ad manus nobis non eſt. MAD.

1170) I. H. BOEHMER. diſſ. *de querela inofficioſi fratrum conſanguineorum.* Non vterinis fratribus. Vid. I. L. E. PÜTTMANN. diſſ. *cit.* Interim teſtamento per querelam fratrum conſanguineorum reſciſſo, victoria omnibus ab inteſtato ſucceſſuris & ſic etiam vterinis prodeſt. WERNHER. *Part. I. Obſ. 270.* I. A. HOMMEL. diſſ. *de victoria querelae inoff. tertio proficua.* HOM.

Digitized by Google

teſt. 1171) quae datur *adrogatis impuberibus iniuſte exheredatis* 1172) *contra heredem quemcunque, ad quartam omnium bonorum conſequendam, §. 3. Inſt. de Adopt. L. fin. ff. ſi quid in fraud.* Si quid in fraudem huius quartae alienatum, *actio quaſi Caluiſiana*, vel *quaſi Fauiana* 1173) locum habet, *L. f. ſi quid in fraud. patr.*

§. 5.

His, quibus legitima debetur, non aliter querela inofficioſi teſtamenti competit, quam ſi in totum excluſi ſint ab hereditate. Si enim pars tantum legitimae relicta 1174), *actio ſuppletoria* datur ex *L. 30. & 36. C. de inoff. teſt.*

§. 6.

1171) Ad quartam *D. Pii* conſequendam cum legitima non confundendam, prout pluribus oſtendimus diſſ. *de quarta D. Pii eiusque uſu hodierno.* Frf. ad V. 1776. eamque quartam non vt heres aut b. p. accipit, ſed vt debitor, vid. ED. CALDERA *Var. lect. Lib. 3. cap. 1.* MAD.

1172) Sed impubes iuſte exheredari nequit poſt *Nou. 115. c. 3.* quippe doli plane incapax. In pluribus autem ſpeciebus, quam in caſu exheredationis, haec quarta D. PII arrogato impuberi competit, vid. *noſtr. diſſ. all. §. 6.* MAD.

1173) Actio *Caluiſiana* & *Fauiana* ad reuocanda ea dabantur, quae in fraudem patroni alienata erant, & quidem prior, ſi libertus ab inteſtato, & poſterior, ſi ab inteſtato deceſſerit, *L. 3. §. 1. & 2. ſi quid in fraud. patr.* MAD.

1174) Vulgo quidem requirunt, vt legitima titulo inſtitutionis directae, quem *honorabilem* dicunt, ſit relicta, alias eſſet teſtamentum nullum propter *Nou. 115. c. 3.* verba: *nec ſi* (aut vti HOMBERGK *zu* VACH vertit *etſi*) *per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommiſſum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem.* Merito autem dubitatur in ſcholis de veritate huius adſertionis, maxime quum FABROTTVS etiam hunc locum in Baſilicor. verſione aliter & per

§. 6.

ACTIO SVPPLETORIA 1175) eſt *ciuilis*, *perſonalis* 1176), *rei perſecutoria*, & *datur iis*, *quibus legitimae pars tantum rite relicta*, *contra heredem in teſtamento ſcriptum*, *ad ſupplendum id*, *quod legitimae deeſt.* Durat per *triginta annos* 1177).

§. 7.

Finis. Tendit haec actio 1178)

1. *ad reſcindendum teſtamentum,*
2. *ad hereditatem ab inteſtato auocandam.*

Vltimus fuit ex cumulatione querelae cum hereditatis petitione deſcendit. Hinc reliquos fines ab hereditatis petitione repetas. Male vero diſtinguitur in querelam ordinariam, & in remedium reſcindens & reſciſſorium 1179).

§. 8.

per *niſi* tradat, vid. *noſtr. opuſc. viciſſ. ſubſt. exempl. p.* 27. *n.* 4. Immerito autem Ill. WOLTAER. *obſ.* XXVII. (*faſc.* II.) *n.* 34. nouiter prouocat ad *L.* 35. §. 2. *C. de inoff. teſt.* in qua ego quidem nihil inuenire potui, quod *Nou.* 115. *c.* 3. fulciat, illud tamen ſcio, nouioribus LL. *L.* 36. *C.* & §. *pen. I. de inoff. teſt.* repetiiſſe IVSTINIANVM ius antiquum, quod iam ſemel repetierat *L.* 30. *C. t. c.* vid. & RAGVELL. *ad d. L.* 35. *C.* MAD.

1175) Siue EXPLETORIA. HOM.

1176) Potius eſt *realis.* HOM.

1177) Eos, qui quinquennium huic actioni adſignant, abunde refellit FINESTR. *cap.* VIII. §. 5. MAD.

In Saxon. El. triginta annis adduntur 1 an. 6 ſept. 3 dies, & tranſit ad heredes. HOM.

1178) Scil. inofficioſi teſtamenti. HOM.

1179) Sub extraordinaria eam intelligunt, quam alii mouere poſſent, quam deſcendentes, adſcendentes & fratres, quod tamen poſt *L.* 27. *C. eod.* falſum eſt. Ipſaque querela non poteſt diſtingui in remedium reſcin-

Digitized by Google

§. 8.

Hac actione *heredis inſtitutio corruit, reliquis capitulis ſaluis manentibus* 1180), *Nou. 115. c. 3. 4.* quodque reſpectu fratrum & ſororum obtinere etiam cenſeo 1181).

§. 9.

Fundamenta haec ſunt:

De fundamentis eius. §. 9-17.

1. *teſtamentum inofficioſum,*
2. *quod, hoc reſciſſo, ius ſuccedendi ab inteſtato competat,*
3. *quod heres inſtitutus adierit hereditatem.*

§. 10.

Primum fundamentum requirit:

a. perſonam, cui debetur legitima,
b. vt rite ſit exheredata,
c. vt inique exheredatio ſit facta 1182).

§. 11.

reſcindens & reſciſſorium, quoniam ſemper qua talis ſolum eſt reſcindens, bene tamen dici poteſt remedium reſcindens cum reſciſſorio cumulatum, i. e. querela inoff. cum hered. pet. coniuncta. MAD.

1180) Scil. quae directa heredis inſtitutione corruente ſalua eſſe adeoque, quae in hoc teſtamento, quaſi in codicillos ab inteſtato nunc reformato, conſiſtere poſſunt, adeoque nulla ſubſtitutio directa, quia vbi non eſt heredis inſtitutio prima valida, etiam adeſſe nequit heredis inſtitutio ſecunda, *L. 178. ff. de R. I. L. 28. ff. de inoff. teſt. §. 5. I. de pup. ſubſt.* vid. *noſtr.* opuſc. *viciſſ. ſubſt. exempl. §. 43.* Sine omni ratione nouiter contrarium defendit LOBETHAN Abh. der Lehre von der Erbfolge, §. 112. MAD.

1181) Sed de eo dubitari licet, quia lex correctoria vltra caſum correctionis extendi nequit. MAD.

Conf. LEYSER. *ad Pand. Spec. 93. coroll. 2.* HOM.

1182) Iniqua exheredatio intuitu deſcendentium atque adſcendentium adeſt, ſi iuſta quidem cauſa expreſſa

Aa eſt,

Digitized by Google

§. 11.

Rite intelligitur, ſi *pure & nominatim ſit facta exheredatio* 1183), *pr. I. de exher. lib.* Reſpectu matris, maternorum adſcendentium militisque praeteritio ſufficit 1184), *§. f. I. eod.* nec obſtat *Nou.* 115. 1185)

§. 12.

Non rite facta exhereditatione, querela nullitatis competit 1186).

§. 14.

eſt, ſed in facto falſa. Aſt intuitu fratrum tunc, ſi turpis perſona illis praelata, neque vlla cauſa exheredationis adiici debet, quia iidem praeteriri iuſta ratione poſſunt, modo infamis perſona non illis praefertur. In cauſa autem praelationis iuſte exheredari non poſſunt fratres, nullaeque exheredationum cauſae iure conſtitutae ſunt, quum *Nouellà* 22. *c.* 47. ad quam omnes omnino prouocant, non cauſas exheredationum, ſed cauſas conſtituit, quae fratres ab hereditate etiam inteſtata excludit. Huncce communem errorem tetigit iam IO. HENR. FVCHS. diſſ. *de impugnatione teſtamenti fraterni per querelam inofficioſi* (Frf. ad Viadr. 1692.) *cap.* 3. *th.* 4. quum neque has cauſas ſufficere putat ad exheredationem, ſi turpem perſonam praetulerit teſtator. MAD.

1183) Sub cauſa *Nou.* 115. *c.* 3. *&* 4. adprobata. MAD.

1184) Contra militis teſtamentum quidem nulla obtinet querela, ſed quamuis §. *f. c. I.* matrem atque maternos adſcendentes liberos ſuos praeterire poſſe dicatur, & pro exheredatione habendam eſſe eorum praeteritionem, tamen tam ratione parentum, quam ratione liberorum illud expreſſe mutatum eſt *Nou.* 115. *c.* 3. *&* 4. Qui igitur dici poſſit, non obſtare h. N. ego quidem non video. Vid. IAN. *a* COSTA *ad d. §. f.* MAD.

1185) Confer. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap.* 3. §. 34. Deinde ex iuſta & in *Nou.* 115. adprobata cauſa, tum ea in teſtamento expreſſa. HOM.

1186) Quae valde differt a praeſenti querela inofficioſi. HOM.

Digitized by Google

§. 13.

Inique facta exheredatio dicitur, ſi vel *nulla*, vel *illegitima cauſa exheredationis ſit adiecta* 1187), vel *heres veritatem adiectae probare nequeat.*

§. 14.

Nihil ex his probare actor tenetur 1188). Priora enim ex teſtamento patent, vltimum vero membrum ad heredis probationem pertinet, ſi fratres exheredatos excipias, *Nou. 22. c.27.* 1189)

§. 15.

Competens iudex eſt vel *iudex domicilii*, vel *rei ſitae.*

§. 16.

Durat per *quinquennium* ab adita hereditate computandum, *L.8. ff. h. t.* & *L.36. §.2. C. eod.*

1187) Neutiquam; eſſet potius exheredatio *non rite* facta. Iniqua praeponit rite factam, ſed quod ipſa cauſa adprobata ſit in facto falſa. MAD.

1188) Si querela mouetur a deſcendentibus atque adſcendentibus, ſemper heres veritatem cauſae adiectae probare debet. Sin a fratribus, ſemper actor probare debet, inſtitutum infamia laborare, non autem, vt vulgo docent, ſe non fuiſſe ingratum. Igitur neque actor falſitatem, neque reus veritatem cauſae adiectae probare tenetur. Quodſi autem frater probare poſſit, teſtatorem ab alio dolo malo aut alia ratione inductum fuiſſe, vt eam cauſam crediderit, ſub qua eum exheredauit, quae tamen falſa eſſet, teſtamentum propter deficientem liberam voluntatem corruit. MAD.

1189) Vid. M. H. GRIBNER. diſſ. *Vtrum fratres inſtituta querela inoff. teſt. probare teneantur, ſe non fuiſſe ingratos.* HOM.

Digitized by Google

§. 17.

An ad heredes tranſeat? Ad heredes actoris non tranſit, niſi

1. praeparata ſit actio 1190), *L. 7. ff. L. 5. C. h. t.*
2. ſi intra deliberandi tempus heredis ſcripti ſit extinctus 1191).

Contra heredes datur, ſi poſſideant hereditatem; ſi non poſſideant, ad reſcindendum tantum agi poteſt 1192).

§. 18.

Except. oppon. Exceptiones opponi queunt:

1. *iuſtae & verae cauſae exheredationis,*
2. *pacti renunciatiui* 1193),

3. *com-*

1190) Praeparata actio eſt ſecundum LL. citt. *ſi comminatus tantum accuſationem fuerit, vel vsque ad denunciationem vel libelli dationem proceſſerit.* MAD.

1191) Scil. ad *ſuam poſteritatem* transmittet hanc querelam, ſi intra ſex menſes aut annum deliberandi moritur is, qui queri poterat, non autem ad extraneos, niſi praeparata ſit, vt diſerte Imp. *L. 36. in f. C. h. t.* nec ad adſcendentes ex ſua perſona, vt recte FINESTR. *l. c. cap. VI. 4.* Aliter autem de ſucceſſione in querela. Illud quidem certum eſt, victo aut omittente filio exheredato, patrem ſ. auum admitti ad querelam, *L. 14. ff. h. t.* ſed ſi filius & nepos exheredatus eſt, priori poſt mortem exheredantis victo aut omittente aut defuncto, nepotem queri non poſſe, nec ex ſua perſona, defendunt *van de* POLL *de exheredatione & praeteritione* (Amſt. 1700.) *cap. 44. 1. 2. 3.* & FINESTR. *cap. VI. u. ſeqq.* MAD.

1192) Manifeſto indicio, querelam hanc non ſemper cum hereditatis petitione cumulari, puta, ſi poſſeſſoris hereditatis intereſt, aditionem hereditatis intra quinquennium reſcindi debere, ne exceptio quoque per lapſum quinquennii extinguatur. MAD.
Confer. C. F. WALCH. diſſ. *de tranſitu querelae inoffic. teſtamenti ad heredes.* HOM.

1193) In genere *repudiationis, derelictionis* &c. *L. 17. ff. h. t.* MAD.

Digitized by Google

3. *competentis iuris cohereditarii* 1194),
4. *totius legitimae* vel *partis rite relictae* 1195),
5. *renunciationis expreſſae* vel *tacitae* 1196), *per agnitionem vltimae voluntatis,*
6. *actionis per mortem exheredati extinctae,*
7. *elapſi quinquennii* 1197),

Libellus.

Klaget, was maßen Klägers Vaters ein Teſtament gemacht, und Beklagten darin zu ſeinem Erben eingeſetzt, Kläger aber, als des Teſtatoris einziger leiblicher Sohn, aus einem erdichtetem Vorwand, als ob ſich Kläger verlauten laſſen; er wolle, daß ſein Vater längſt den Hals gebrochen, gänzlich enterbt. Ob nun wohl Beklagter nicht im Stande, diese

1194) Sed haec admittenda non eſt, quoniam inde, quod heres ſcriptus aequale ius ab inteſtato ſuccedendi habeat cum querente, haec querela non impeditur. Potius reſciſſa tunc heredis inſtitutione querens quoque partem ſuam ab inteſtato accipit. MAD.

1195) Adeoque deficientis querelae inofficioſi, vid. §. 6. Heres igitur in eo caſu ad ſupplendum tantum quod deeſt tenetur. MAD.

1196) V. c. ſi hereditatem aut rem ſingularem ab inſtituto herede emit, ſi praedia conduxerit, *L. 23. §. 1. ff. h. t.* vid. *van de* POLL. *l. c. cap. 85. §. 5. ſeqq.* FINESTR. *l. c. cap. IX.* Sed agnitio legati eiusque exactio hodie poſt *Nou. 115. cap. 3. & 4.* tacitam agnitionem vltimae voluntatis non continet. Nam ea omnia, quae adducunt omnes fere interpretes, de inofficioſo tantum valent teſtamento antiquo, quod totum corruebat, adeoque qui partem adgnoſcebat, adgnoſceret totum neceſſe erat. Sed quum iure *Nou. cit.* legata ſalua maneant, licet inofficioſi heredis inſtitutio corruat, non video, qui agnitio legati comprehendat agnitionem totius vltimae voluntatis. MAD.

1197) Add.
8. *aequali laboras infamia aut macula.* HOM.

dieſe Urſach zu erweiſen, ſo hat er ſich dennoch der Erbſchaft angemaßt, und verweigert ſich, ohngeachtet bey dieſer Bewandnis das Teſtament, als inofficioſum, nicht beſtehen kann, die Erbſchaft Klägern abzutreten, daher Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert ꝛc.

Daß das Teſtament als *inofficioſum* hinwieder zu *reſcindi*ren, und Beklagter Klägern die *libelli*rte Erbſchaft mittelſt eines *Inuentarii*, oder in deſſen Ermangelung einer eydlichen Specification *cum fructibus perceptis & percipiendis* abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig 1198).

SECT.

1198) Inſerendum eſt hoc loco REMEDIVM *L. f. C. de Edict. D. Hadriani tollendo*, quod eſt *actio poſſeſſoria, quae datur ei, cui in vltima voluntate vitio viſibili non laborante aliquid relictum eſt, contra poſſeſſorem hereditatis vel rei relictae, ad poſſeſſionem hereditatis vel rei relictae conſequendam.*

Fundamentum huius remedii eſt teſtamentum, codicillus, diuiſio parentum inter liberos & alia vltima voluntas vitio viſibili non laborans. De quibus plura penes LEYSERVM *ad ff. Spec. 500. Med. 6. ſeqq.* Add. I. F. SPRECKELSEN. diſſ. *de remedio ex L. f. C. de Edicto D. Hadriani tollendo.*

Vitium viſibile eſt, quod in continenti apparet v. c. ex defectu ſubſcriptionis, ſubſignationis. Quaeſtiones altioris indaginis v. c. de habilitate teſtatoris, heredis, teſtium, hic non attenduntur, ſed ſeparatim ſunt diſcutiendae. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3. §. 5.*

Eidem remedio praeſcribitur 30 annis, in Saxon. cum additameto 1 an. 6 ſept. 3 dier. quamdiu nondum praeſcriptum eſt iuri immiſſionem petendi, neque res vſucapta, BERGER. in *Oec. Iur. Lib. II. Tit. IV. th. 53. n. 5.* HOM.

Digitized by Google

SECT. III. CAP. II.
MEMBRVM IV.
DE
ACTIONE FAMILIAE ERCISCVNDAE.

§. 1.

Haec eſt actio *mixta ciuilis duplex*, *quae datur coheredibus contra ſe inuicem*, *ad diuidendam hereditatem & perſonales praeſtationes faciendas*. De act. fam. erc. indole §. 1-8.

§. 2.

Omnes coheredes ſeu ciuiles, ſeu praetorii, ſeu ex iure ſtatutario hanc actionem inſtituere queunt 1199).

§. 3.

Fines ſunt: Finis.

1. *vt diuidatur hereditas,*
2. *adminiſtrationis rationes reddat,*
3. *lucra* 1200) *communicet,*
4. *impenſas* 1201) *pro rata reſtituat,*
5. *damna cupa lata aut leui in concreto data reſarciat,*
6. *inaequalem diuiſionem corrigat* 1202).

1199) Priores vtuntur DIRECTA, poſteriores VTILI. HOM.

1200) Add. *pro rata.* HOM.

1201) Add. *neceſſarias & vtiles.* HOM.

1202) Add.
7. *vſuras ex tempore morae praeſtet*, L. 18. §. 3. ff. *famil. erciſc.* HOM.

Digitized by Google

§. 4.

Quum fere omnia ad horum fundamentorum probationem pertinentia ex antecedenti actionum explicatione iam profluant, ſingularia tantum commemorabo 1203).

§. 5.

Laeſio, licet non ſit vltra dimidium, ſufficit *L. 3. C. commun. vtr. iud.* modo ſit

1. non 1204) modica,
2. tempore diuiſionis iam exſiſtens 1205), cf. BOEHM. p. 252. diſtinguentem inter laeſionem ex aeſtimatione rerum & ex ipſa diuiſione prouenientem. Quae diſtinctio praeſtat 1206).

§. 6.

1203) Inter quae neceſſe, vt pars quota petita ſpecifice exprimatur in hac actione, arg. *L. 6. ff. de rei vind.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 3. n. 4.* HOM.

1204) Add. nimis. HOM.

1205) Melius loco ſequentium ponatur:

3. laeſio circa ipſas res diuidendas, non earum aeſtimationem,
4. in diuiſione extraiudiciali obueniat, LEYSER. *ad ff. Spec. 117. Med. 5.* Litis vitandae cauſa cautela commendatur, vt in hoc iudicio tam *L. 3. C. commun. vtr. iud.* quam *L. 2. C. de reſc. vend.* ſpecifice renuncietur. Conf. HOMMEL. *ad Stryck. Act. For. Sect. I. membr. 9. §. 20. lit. c.* nec non G. C. GEBAVER. diſſ. *de hercto cito ob inaequalitatem reformando.* HOM.

1206) Sed haec diſtinctio a pluribus accepta eo minus calculum noſtrum meretur, quo euidentius ex *L. 3. C. c.* appareat, propter quamcunque laeſionem iam factam diuiſionem impugnari poſſe. Ita enim IMPP. *Maioribus etiam per fraudem & dolum vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* Male h. L. interpretatur WISSENBACH. melius PEREZ. Et ita quaecunque laeſio reparanda, modo diuidentes exceptioni laeſionis

illatae

Digitized by Google

§. 6.

Modi diuidendi ſunt vel *iudiciales*, vel *extraiudiciales*. Extraiudicialis ſufficere poteſt, etiam ſi coheredes minorennes ſint, modo fiat adhibitis tutoribus & curatoribus, & a magiſtratu confirmetur 1207).

§. 7.

Vt diuiſio rite fiat, requiritur

a. legitima obſignatio reſignatioque 1208),

b. inuentarii confectio legitima 1209),

c. taxatio rerum a peritis,

illatae in diuiſione non renunciauerint. Quod in aeſtimatione rerum laeſionem vltra dimidium requirant, ea datur ratio, quia *L. 1. C. eod.* diuiſio emtioni comparatur. Sed non ex omni parte, ſi quidem in diuiſione nullum pretium interueniat, & non alia mens ſit diuidentium, quam vt ſuum habeant & iuſtam partem, ſecus in contractibus mutui commercii gratia inſtitutis. PEREZ. *l. c.* Accedit *remedium L. 1. C. de reſc.* ad venditorem ſolum, qui hic non adeſt, pertinere, non ad diuidentes. MAD.

1207) Confirmatione iudicis tamen non eſt opus, ſi res mobiles, quae ſeruando ſeruari nequeunt, diuidantur, aut coheres minorennis ad diuiſionem prouocet, *L. 17. C. de praed. & al. reb. minor.* HOM.

1208) Sed illud ſolum a iudice ex officio requiritur, ſi tempore mortis defuncti nullus plane coheredum praeſens eſt, qui aut poſſeſſionem adprehendere poteſt, aut in poſſeſſione iam eſt. Ad implorationem autem ceterorum coheredum faciendam eſſe obſignationem propterea credimus, quoniam ea remedium ſecuritatis continet, ne hereditas expiletur, ceteris coheredibus non denegandum. MAD.

1209) Inuentarii confectio legitima praeponit obſignationem iudicialem ſtatim poſt mortem defuncti factam, qua neglecta deſignatio rerum hereditariarum, licet a perſona publica fiat, inuentarium iure dici hoc in caſu nequit. Iure autem Brandenburgico ſpecificatio iurata a coherede admittitur. MAD.

Digitized by Google

d. diuiſio, vel per modum permutationis, durch looſen, (niſi optionis ius, das Kuhrrecht, obtineat 1210), vel per modum venditionis priuatae, vel per ſubhaſtationem, aut auctionem publicam voluntariam 1211),

e. conficiatur ein Erbtheilungs-Receſs 1212).

§. 8.

Euictionem heredes ſibi inuicem praeſtare debent 1213), *L. 14. C. h. t. cf. L. 77. ſ. 8. de leg. 2.* In nominum diuiſione veritatem tantum euictionis cauſa praeſtant, non bonitatem, niſi haec omnia expreſſe pro bonis nominibus adſignauerint in diuiſione.

§. 9.

De eius fundam. Fundamenta haec ſunt:

1. *ius cohereditarium*, quod probandum, niſi partem hereditatis poſſideat actor 1214), Euolu. *L. 1.*

1210) Vid. in Sax. El. CONST. EL. 15. *Part. III.* HOM.

1211) Add. vel per adiudicationem ſeparatam proprietatis atque vſusfructus, vel per alternationem vſusfructus rei communis, BERGER. in *Oec. Iur. loc. cit. n. 14.* HOM.

1212) I. e. inſtrumentum ſuper facta hereditatis diuiſione inter coheredes ita conſcribendum, vt tam ſingulorum heredum portiones hereditariae, quam etiam pretium aeſtimatum ipſarum rerum hereditariarum, quas vnusquisque heres in ſua portione accepit, adpareat. Maxime hoc nomen meretur, ſi a perſona publica, aut auctoritate ipſius iudicis competentis ab actuario conſcribatur. MAD.

Neceſſitatis tamen non eſt, cum diuiſio citra ſcripturam ſubſiſtat, *L. 12. C. famil. erciſc.* Addatur

f. tutores & curatores, ſi pupilli & minores, abſentes & foeminae concurrunt, conſtituantur. LEYSER. *ad Pand. Spec. 116. Med. 3.* HOM.

1213) Licet de ea ſpeciatim non conuentum, aut diuiſio ſit iudicialis, aut teſtator diuiſionem fecerit. HOM.

1214) Tunc ſufficit aliqualis demonſtratio. HOM.

Digitized by Google

L. 1. ſſ. 1. h. t. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3. ſſ. 56.*

2. *adminiſtratio hereditatis* vel *ſolitaria*, vel *communis*,
3. *inaequalitas diuiſionis*.

§. 10.

Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *rei ſitae*.

§. 11.

Durat per *triginta annos* 1215), & tam heredibus, quam contra heredes datur.

§. 12.

Exceptiones adplica: Except. oppon.

1. *collationis nondum factae*,
2. *deficientis iuris hereditarii*,
3. *nominis heredis actoris deleti in teſtamento*, ergo teſtamenti quoad ipſum actorem reuocati.
4. *ipſe rationes nondum reddidiſti*,
5. *laeſionis tempore diuiſionis non exiſtentis*,
6. *laeſionis modicae* 1216),
7. *diuiſionis per decretum factae* 1217),
8. *renunciationis exceptionum*,
9. *alias exceptiones reſpectu euictionis in actione emti traditas hic quoque obſeruabis*.

Libel-

1215) In Saxon. El. adduntur, 1 an. 6 ſept. 3 dies. Requiritur tamen, vt reus partem coheredis vt propriam poſſederit, ſi vt communem poſſedit, nunquam praeſcriptioni locus, *L. 14. §. 5. ff.* & *L. vlt. C. commun. diuid.* WERNHER. *Part. II. Obſ. 423.* & *Part. X. Obſ. 489.* HOM.

1216) In rerum aeſtimatione. HOM.

1217) Quae exceptio tamen nihil operatur, quum tam diuiſio iudicialis, quam extraiudicialis propter inaequalitatem impugnari poſſit. MAD.

Digitized by Google

Libellus.

Klaget, wie Seius, ſo den 1 April 1764. geſtorben, ſo wohl Beklagten, als Klägern, als des defuncti leibliche Brüder zu rechtmäßigen Erben ab inteſtato hinterlaſſen; Wann ſich aber Beklagter in Klägers Abweſenheit der Erbſchaft allein angemaßt, und ſich bis jetzo weder zur Theilung noch Ablegung einer richtigen Rechnung verſtehen will, Kläger aber in fernerer Gemeinſchaft dieſer Erbſchaft zu bleiben nicht gemeinet iſt; Als iſt Kläger ꝛc.

Daß Beklagter zuförderſt eine richtige Rechnung von der Adminiſtration der *libellirten* Erbſchaft Klägern abzulegen, und demſelben ſeine Erbportion abzutreten, nichtweniger alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT. III. CAP. II.

MEMBRVM V.

DE

ACTIONE COMMVNI DIVIDVNDO.

§. 1.

Haec eſt actio *mixta ciuilis duplex*, *quae datur iis, qui* 1218), *praeter hereditatem, res communes habent, contra ſe inuicem ad illas diuidendas & praeſtationes perſonales faciendas.* De act. comm. diuid. indole §. 1-4.

§. 2.

DIRECTA actio datur iis, qui res ipſas in communione dominii habent, etiam ſociis.

VTILIS vero etiam iis, qui aliud ius commune habent, vt vſumfructum &c. *L. 7. ʃ. 7. ff. commun. diuid.*

§. 3.

Iidem fines ſunt, qui in actione familiae erciſcundae, modo adplicantur ad res ex alia cauſa 1219) communes. Finis.

§. 4.

Praecipua fundamenta ſunt: Fundamenta.

1. *condominium*, vel *aliud ius* 1220) *in communione exſiſtens*,
2. *adminiſtratio rei communis ſingularis.*

Reli-

1218) Melius loco ſequentium, *praeter — habent*, ponatur: *in communione rei ſingularis ſunt.* HOM.

1219) V. c. legati, donationis. HOM.

1220) Add. *rei ſingularis.* HOM.

SECT. III. CAP. II.
MEMBRVM VI.
DE
ACTIONE FINIVM REGVNDORVM.

§. 1.

De act. fin. reg. indole §. 1-4.

Haec eſt actio *mixta duplex ciuilis*, *quae datur iis, qui confines agros habent, ad turbatos fines reſtituendos, & praeſtandum id, quod intereſt* 1227). *L. 4. ſ. 1. h. t. L. fin. pr. ff. de via publ. & itiner. publ. ref.* 1228)

§. 2.

1227) Sed iure romano actio finium regundorum potiſſimum ad fines communes reſtituendos. Via iur. rom. aut publica aut priuata erat. Priori in caſu ab initio quidem *actio viae reiectae* dabatur, ſed poſtea Praetor remedium facilius indulſit, nempe interdictum de *locis & itineribus publicis*, *de via publica* &c. Nec hodie peculiaris actio inſtituitur, ſed illi magiſtratui denunciatur, cui cura viarum publicarum commiſſa eſt. Poſteriori autem, quum viae priuatae in condominio priuatorum eſſent, tam ad fructuum perceptorum reſtitutionem, rationumque redditionem, quam etiam ad turbatorum finium reſtaurationem. In Germania autem viae non publicae, ſunt potius vniuerſitatis, ad oppidum, pagum &c. non ad priuatos, pertinentes. Obuenit quidem in noſtris foris maxime ruralibus ſat frequenter actio, quae etiam finium regundorum dicitur, ſed propter deficiens obiectum, diuerſumque modum procedendi adeo differt a Romana, vt nil fere niſi nomen inde acceperit. Hodie igitur haec actio qua talis ſolum ad fines ex officio iudicis reſtituendos inſtituitur, & ſi alter per turbationem finium alteri aliquid ex ſuo patrimonio abſtulit, aut damnum intulerit, alia actione competente agitur. Singularem procedendi modum in litibus finalibus obſeruandum praeſcripſit *Cod. Frid. Part. IV. Tit. VIII. §. 40.* MAD.

1228) Confer. STRYCK, *de Act. for. Sect. I. Membr. 9. ſ. 27.* HOM.

§. 2.

Competit DIRECTA 1229) dominis 1230). VTILIS 1231) vſufructuariis, vſuariis, creditoribus pignoratitiis & b. f. poſſeſſoribus 1232).

§. 3.

Hodie etiam quandoque ad praedia vrbana 1233) poterit adplicari, non vero iure rom. 1234)

§. 4.

Tendit Finis.

1. *ad confuſos fines reſtituendos,*
2. *ad omne intereſſe praeſtandum*, quod etiam ad fructus vltra veros fines perceptos, vel percipiendos, pertinet, *L. 4. ʃ. 2. h. t.*
3. *quandoque ad nouos plane fines conſtituendos* 1235), *ʃ. 6. I. de off. iud.*

§. 5.

Fundamenta ſunt: Eius fundam. §. 5-7.

1. *dominium praedii* vel *aliud ius in re* 1236), 2. de-

1229) Add. ratione *ſubiecti.* HOM.

1230) Add. ratione *obiecti*, ſi fines agrorum confuſi ſunt. HOM.

1231) Ratione *ſubiecti.* HOM.

1232) Ratione *obiecti* in finibus iurisdictionis, patronatus, venationis &c. confuſis. HOM.

1233) Si forte horti in vrbe ſe contingant. HOM.

1234) Sed vel nunciatione noui operis, vel interdicto quod vi aut clam, vel actione negatoria aut confeſſoria vtendum. HOM.

1235) Nempe ſi ita fines confuſi ſunt, vt veſtigia antiquorum plane reperiri nequeant. MAD.
Aut ſi metuendum, ne ex finibus nouae oriantur lites. HOM.

1236) Quod &, ſi a reo negatur, probandum. HOM.

Digitized by Google

qui in legitima rite quidem ſed inique ſunt excluſi, contra heredem in hoc teſtamento ſcriptum, ad reſcindendum teſtamentum & hereditatem ab inteſtato auocandam 1167).

§. 3.

Datur iis, quibus legitima debetur, vel deſcendentibus 1168), vel adſcendentibus, vel fratribus vel ſororibus germanis aut conſanguineis 1169), in eo tamen caſu, ſi perſona infamis, aut leuis notae macula laborans, ſit praelata, *L. 27. C. de inoff. teſt.* 1170)

§. 4.

Adrogatis impuberibus haec querela non competit, ſed *condictio ex L. 8. ſ. 15. ff. de inoff. teſt.*

1167) Huius querelae origo & fundamentum exponatur in praelectionibus. Vid. HEINECC. in *Pand. Part. II.* §. 46.* & 47. S. P. GASSER. diſſ. *de origine querelae inofficioſi teſtamenti.* HOM.

1168) Quoque ſpuriis ratione lineae maternae, *L. 29. §. 1. ff. de inoff. teſt.* HOM.

1169) Non vterinis, quod, vt nobis videtur, euictum dedit IOS. LVD. ERN. PÜTTMANNVS diſſ. *de querela inofficioſi fratribus vterinis haud concedenda.* Lipſ. 1776. illud tamen inter errores refert *Cl.* PAELICKE *Sect. IV. cap. II. m. 3. §. 6.* quo iure autem neſcimus, quum *Eius* diſſ. *de errorib. quibusd. circa quer. inoff. teſt.* ad manus nobis non eſt. MAD.

1170) I. H. BOEHMER. diſſ. *de querela inofficioſi fratrum conſanguineorum.* Non vterinis fratribus. Vid. I. L. E. PÜTTMANN. diſſ. *cit.* Interim teſtamento per querelam fratrum conſanguineorum reſciſſo, victoria omnibus ab inteſtato ſucceſſuris & ſic etiam vterinis prodeſt. WERNHER. *Part. I. Obſ.* 270. I. A. HOMMEL. diſſ. *de victoria querelae inoff. tertio proficua.* HOM.

Digitized by Google

teſt. 1171) quae datur *adrogatis impuberibus iniuſte exheredatis* 1172) *contra heredem quemcunque, ad quartam omnium bonorum conſequendam, §. 3. Inſt. de Adopt. L. fin. ff. ſi quid in fraud.* Si quid in fraudem huius quartae alienatum, *actio quaſi Caluiſiana*, vel *quaſi Fauiana* 1173) locum habet, *L. f. ſi quid in fraud. patr.*

§. 5.

His, quibus legitima debetur, non aliter querela inofficioſi teſtamenti competit, quam ſi in totum excluſi ſint ab hereditate. Si enim pars tantum legitimae relicta 1174), *actio ſuppletoria* datur ex *L. 30. & 36. C. de inoff. teſt.*

§. 6.

1171) Ad quartam *D. Pii* conſequendam cum legitima non confundendam, prout pluribus oſtendimus diſſ. *de quarta D. Pii eiusque uſu hodierno.* Frf. ad V. 1776. eamque quartam non vt heres aut b. p. accipit, ſed vt debitor, vid. ED. CALDERA *Var. lect. Lib. 3. cap. 1.* MAD.

1172) Sed impubes iuſte exheredari nequit poſt *Nou. 115. c. 3.* quippe doli plane incapax. In pluribus autem ſpeciebus, quam in caſu exheredationis, haec quarta D. PII arrogato impuberi competit, vid. *noſtr. diſſ. all. §. 6.* MAD.

1173) Actio *Caluiſiana* & *Fauiana* ad reuocanda ea dabantur, quae in fraudem patroni alienata erant, & quidem prior, ſi libertus ab inteſtato, & poſterior, ſi ab inteſtato deceſſerit, *L. 3. §. 1. & 2. ſi quid in fraud. patr.* MAD.

1174) Vulgo quidem requirunt, vt legitima titulo inſtitutionis directae, quem *honorabilem* dicunt, ſit relicta, alias eſſet teſtamentum nullum propter *Nou. 115. c. 3.* verba: *nec ſi* (aut vti HOMBERGK zu VACH vertit *etſi) per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommiſſum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem.* Merito autem dubitatur in ſcholis de veritate huius adſertionis, maxime quum FABROTVS etiam hunc locum in Baſilicor. verſione aliter &

per

§. 6.

ACTIO SVPPLETORIA 1175) eſt *ciuilis*, *perſonalis* 1176), *rei perſecutoria*, *& datur iis*, *quibus legitimae pars tantum rite relicta*, *contra heredem in teſtamento ſcriptum*, *ad ſupplendum id*, *quod legitimae deeſt.* Durat per *triginta annos* 1177).

§. 7.

Finis. Tendit haec actio 1178)

1. *ad reſcindendum teſtamentum*,
2. *ad hereditatem ab inteſtato auocandam.*

Vltimus fuit ex cumulatione querelae cum hereditatis petitione deſcendit. Hinc reliquos fines ab hereditatis petitione repetas. Male vero diſtinguitur in querelam ordinariam, & in remedium reſcindens & reſciſſorium 1179).

§. 8.

per *niſi* tradat, vid. *noſtr. opuſc. viciſſ. ſubſt. exempl. p. 27. n. a.* Immerito autem Ill. WOLTAER. *obſ. XXVII. (faſc. II.) n. 34.* nouiter prouocat ad *L. 35. §. 2. C. de inoff. teſt.* in qua ego quidem nihil inuenire potui, quod *Nou. 115. c. 3.* fulciat, illud tamen ſcio, nouioribus LL. *L. 36. C. & §. pen. I. de inoff. teſt.* repetiiſſe IVSTINIANVM ius antiquum, quod iam ſemel repetierat *L. 30. C. t. c.* vid. & RAGVELL. *ad d. L. 35. C.* MAD.

1175) Siue EXPLETORIA. HOM.

1176) Potius eſt *realis.* HOM.

1177) Eos, qui quinquennium huic actioni adſignant, abunde refellit FINESTR. *cap. VIII.* §. 5. MAD.

In Saxon. El. triginta annis adduntur 1 an. 6 ſept. 3 dies, & tranſit ad heredes. HOM.

1178) Scil. inofficioſi teſtamenti. HOM.

1179) Sub extraordinaria eam intelligunt, quam alii mouere poſſent, quam deſcendentes, adſcendentes & fratres, quod tamen poſt *L. 27. C. eod.* falſum eſt. Ipſaque querela non poteſt diſtingui in remedium reſcin-

Digitized by Google

§. 8.

Hac actione *heredis inſtitutio corruit, reliquis capitulis ſaluis manentibus* 1180), *Nou. 115. c. 3. 4.* quodque reſpectu fratrum & ſororum obtinere etiam cenſeo 1181).

§. 9.

Fundamenta haec ſunt: De fundamentis eius. §. 9-17.

1. *teſtamentum inofficioſum,*
2. *quod, hoc reſciſſo, ius ſuccedendi ab inteſtato competat,*
3. *quod heres inſtitutus adierit hereditatem.*

§. 10.

Primum fundamentum requirit:

a. perſonam, cui debetur legitima,
b. vt rite ſit exheredata,
c. vt inique exheredatio ſit facta 1182).

§. 11.

reſcindens & reſciſſorium, quoniam ſemper qua talis ſolum eſt reſcindens, bene tamen dici poteſt remedium reſcindens cum reſciſſorio cumulatum, i. e. querela inoff. cum hered. pet. coniuncta. MAD.

1180) Scil. quae directa heredis inſtitutione corruente ſalua eſſe adeoque, quae in hoc teſtamento, quaſi in codicillos ab inteſtato nunc reformato, conſiſtere poſſunt, adeoque nulla ſubſtitutio directa, quia vbi non eſt heredis inſtitutio prima valida, etiam adeſſe nequit heredis inſtitutio ſecunda, *L. 178. ff. de R. I. L. 28. ff. de inoff. teſt. §. 5. I. de pup. ſubſt.* vid. *noſtr.* opuſc. *viciſſ. ſubſt. exempl.* §. 43. Sine omni ratione nouiter contrarium defendit LOBETHAN Abh. der Lehre von der Erbfolge, §. 112. MAD.

1181) Sed de eo dubitari licet, quia lex correctoria vltra caſum correctionis extendi nequit. MAD.

Conf. LEYSER. *ad Pand. Spec. 93. coroll. 2.* HOM.

1182) Iniqua exheredatio intuitu deſcendentium atque adſcendentium adeſt, ſi iuſta quidem cauſa expreſſa

 eſt,

Digitized by Google

§. 11.

Rite intelligitur, ſi *pure & nominatim ſit facta exheredatio* 1183), *pr. I. de exher. lib.* Reſpectu matris, maternorum adſcendentium militisque praeteritio ſufficit 1184), *ſſ. f. I. eod.* nec obſtat *Nou.* 115. 1185)

§. 12.

Non rite facta exhereditatione, querela nullitatis competit 1186).

§. 14.

eſt, ſed in facto falſa. Aſt intuitu fratrum tunc, ſi turpis perſona illis praelata, neque vlla cauſa exheredationis adiici debet, quia iidem praeteriri iuſta ratione poſſunt, modo infamis perſona non illis praefertur. In cauſa autem praelationis iuſte exheredari non poſſunt fratres, nullaeque exheredationum cauſae iure conſtitutae ſunt, quum *Nouellà* 22. *c.* 47. ad quam omnes omnino prouocant, non cauſas exheredationum, ſed cauſas conſtituit, quae fratres ab hereditate etiam inteſtata excludit. Huncce communem errorem tetigit iam IO. HENR. FVCHS diſſ. *de impugnatione teſtamenti fraterni per querelam inofficioſi* (Frf. ad Viadr. 1692.) *cap.* 3. *th.* 4. quum neque has cauſas ſufficere putat ad exheredationem, ſi turpem perſonam praetulerit teſtator. MAD.

1183) Sub cauſa *Nou.* 115. *c.* 3. & 4. adprobata. MAD.

1184) Contra militis teſtamentum quidem nulla obtinet querela, ſed quamuis §. *f. c. I.* matrem atque maternos adſcendentes liberos ſuos praeterire poſſe dicatur, & pro exheredatione habendam eſſe eorum praeteritionem, tamen tam ratione parentum, quam ratione liberorum illud expreſſe mutatum eſt *Nou.* 115. *c.* 3. & 4. Qui igitur dici poſſit, non obſtare h. N. ego quidem non video. Vid. IAN. *a* COSTA *ad d. ſ. f.* MAD.

1185) Confer. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap.* 3. §. 34. Deinde ex iuſta & in *Nou.* 115. adprobata cauſa, tum ea in teſtamento expreſſa. HOM.

1186) Quae valde differt a praeſenti querela inofficioſi. HOM.

Digitized by Google

§. 13.

Inique facta exheredatio dicitur, ſi vel *nulla*, vel *illegitima cauſa exheredationis ſit adiecta* 1187), vel *heres veritatem adiectae probare nequeat.*

§. 14.

Nihil ex his probare actor tenetur 1188). Priora enim ex teſtamento patent, vltimum vero membrum ad heredis probationem pertinet, ſi fratres exheredatos excipias, *Nou.* 22. *c.* 27. 1189)

§. 15.

Competens iudex eſt vel *iudex domicilii*, vel *rei ſitae.*

§. 16.

Durat per *quinquennium* ab adita hereditate computandum, *L.* 8. ℔. *f. h. t.* & *L.* 36. *ſ.* 2. *C. eod.*

1187) Neutiquam; eſſet potius exheredatio *non rite* facta. Iniqua praeponit rite factam, ſed quod ipſa cauſa adprobata ſit in facto falſa. MAD.

1188) Si querela mouetur a deſcendentibus atque adſcendentibus, ſemper heres veritatem cauſae adiectae probare debet. Sin a fratribus, ſemper actor probare debet, inſtitutum infamia laborare, non autem, vt vulgo docent, ſe non fuiſſe ingratum. Igitur neque actor falſitatem, neque reus veritatem cauſae adiectae probare tenetur. Quodſi autem frater probare poſſit, teſtatorem ab alio dolo malo aut alia ratione inductum fuiſſe, vt eam cauſam crediderit, ſub qua eum exheredauit, quae tamen falſa eſſet, teſtamentum propter deficientem liberam voluntatem corruit. MAD.

1189) Vid. M. H. GRIBNER. diſſ. *Vtrum fratres inſtituta querela inoff. teſt. probare teneantur, ſe non fuiſſe ingratos.* HOM.

Digitized by Google

§. 17.

An ad heredes transeat? Ad heredes actoris non tranſit, niſi

1. praeparata ſit actio 1190), *L. 7. ff. L. 5. C. h. t.*
2. ſi intra deliberandi tempus heredis ſcripti ſit extinctus 1191).

Contra heredes datur, ſi poſſideant hereditatem; ſi non poſſideant, ad reſcindendum tantum agi poteſt 1192).

§. 18.

Except. oppon. Exceptiones opponi queunt:

1. *iuſtae & verae cauſae exheredationis,*
2. *pacti renunciatiui* 1193),

3. *com-*

1190) Praeparata actio eſt ſecundum LL. citt. *ſi comminatus tantum accuſationem fuerit, vel vsque ad denunciationem vel libelli dationem proceſſerit.* MAD.

1191) Scil. ad *ſuam poſteritatem* transmittet hanc querelam, ſi intra ſex menſes aut annum deliberandi moritur is, qui queri poterat, non autem ad extraneos, niſi praeparata ſit, vt diſerte Imp. *L. 36. in f.* C. *h. t.* nec ad adſcendentes ex ſua perſona, vt recte FINESTR. *l. c. cap. VI. 4.* Aliter autem de ſucceſſione in querela. Illud quidem certum eſt, victo aut omittente filio exheredato, patrem ſ. auum admitti ad querelam, *L. 14. ff. h. t.* ſed ſi filius & nepos exheredatus eſt, priori poſt mortem exheredantis victo aut omittente aut defuncto, nepotem queri non poſſe, nec ex ſua perſona, defendunt *van de* POLL *de exheredatione & praeteritione* (Amſt. 1700.) *cap. 44. 1. 2. 3.* & FINESTR. *cap. VI. 11. ſeqq.* MAD.

1192) Manifeſto indicio, querelam hanc non ſemper cum hereditatis petitione cumulari, puta, ſi poſſeſſoris hereditatis intereſt, aditionem hereditatis intra quinquennium reſcindi debere, ne exceptio quoque per lapſum quinquennii extinguatur. MAD.

Confer. C. F. WALCH. diſſ. *de tranſitu querelae inoffic. teſtamenti ad heredes.* HOM.

1193) In genere *repudiationis, derelictionis* &c. *L. 17. ff. h. t.* MAD.

Digitized by Google

3. *competentis iuris cohereditarii* 1194),
4. *totius legitimae* vel *partis rite relictae* 1195),
5. *renunciationis expreſſae* vel *tacitae* 1196), *per agnitionem vltimae voluntatis*,
6. *actionis per mortem exheredati extinctae*,
7. *elapſi quinquennii* 1197),

Libellus.

Klaget, was maßen Klägers Vaters ein Teſtament gemacht, und Beklagten darin zu ſeinem Erben eingeſetzt, Kläger aber, als des Teſtatoris einziger leiblicher Sohn, aus einem erdichtetem Vorwand, als ob ſich Kläger verlauten laſſen; er wolle, daß ſein Vater längſt den Hals gebrochen, gänzlich enterbt. Ob nun wohl Beklagter nicht im Stande,

Aa 3 dieſe

1194) Sed haec admittenda non eſt, quoniam inde, quod heres ſcriptus aequale ius ab inteſtato ſuccedendi habeat cum querente, haec querela non impeditur. Potius reſciſſa tunc heredis inſtitutione querens quoque partem ſuam ab inteſtato accipit. MAD.

1195) Adeoque deficientis querelae inofficioſi, vid. §. 6. Heres igitur in eo caſu ad ſupplendum tantum quod deeſt tenetur. MAD.

1196) V. c. ſi hereditatem aut rem ſingularem ab inſtituto herede emit, ſi praedia conduxerit, *L. 23. §. 1. ff. h. t.* vid. *van de* POLL. *l. c. cap. 85. §. 5. ſeqq.* FINESTR. *l. c. cap. IX.* Sed agnitio legati eiusque exactio hodie poſt *Nou. 115. cap. 3. & 4.* tacitam agnitionem vltimae voluntatis non continet. Nam ea omnia, quae adducunt omnes fere interpretes, de inofficioſo tantum valent teſtamento antiquo, quod totum corruebat, adeoque qui partem adgnoſcebat, adgnoſceret totum neceſſe erat. Sed quum iure *Nou. cit.* legata ſalua maneant, licet inofficioſi heredis inſtitutio corruat, non video, qui agnitio legati comprehendat agnitionem totius vltimae voluntatis. MAD.

1197) Add.
8. *aequali laboras infamia aut macula.* HOM.

Digitized by Google

dieſe Urſach zu erweiſen, ſo hat er ſich dennoch der Erbſchaft angemaßt, und verweigert ſich, ohngeachtet bey dieſer Bewandnis das Teſtament, als inofficioſum, nicht beſtehen kann, die Erbſchaft Klägern abzutreten, daher Kläger zu klagen genöthiget worden, fordert ꝛc.

Daß das Teſtament als *inofficioſum* hinwieder zu *reſcindi*ren, und Beklagter Klägern die *libellir*te Erbſchaft mittelſt eines *Inuentarii*, oder in deſſen Ermangelung einer eydlichen Specification *cum fructibus perceptis & percipiendis* abzutreten, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig 1198).

SECT.

1198) Inſerendum eſt hoc loco REMEDIVM *L. f. C. de Edict. D. Hadriani tollendo*, quod eſt *actio poſſeſſoria, quae datur ei, cui in vltima voluntate vitio viſibili non laborante aliquid relictum eſt, contra poſſeſſorem hereditatis vel rei relictae, ad poſſeſſionem hereditatis vel rei relictae conſequendam.*

Fundamentum huius remedii eſt teſtamentum, codicillus, diuiſio parentum inter liberos & alia vltima voluntas vitio viſibili non laborans. De quibus plura penes LEYSERVM *ad ff. Spec. 500. Med. 6. ſeqq.* Add. I. P. SPRECKELSEN. diſſ. *de remedio ex L. f. C. de Edicto D. Hadriani tollendo.*

Vitium viſibile eſt, quod in continenti apparet v. c. ex defectu ſubſcriptionis, ſubſignationis. Quaeſtiones altioris indaginis v. c. de habilitate teſtatoris, heredis, teſtium, hic non attenduntur, ſed ſeparatim ſunt diſcutiendae. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3. §. 5.*

Eidem remedio praeſcribitur 30 annis, in Saxon. cum additameto 1 an. 6 ſept. 3 dier. quamdiu nondum praeſcriptum eſt iuri immiſſionem petendi, neque res vſucapta, BERGER. in *Oec. Iur. Lib. II. Tit. IV. th. 53. n. 5.* HOM.

Digitized by Google

SECT. III. CAP. II.
MEMBRVM IV.
DE
ACTIONE FAMILIAE ERCISCVNDAE.

§. 1.

Haec eſt actio *mixta ciuilis duplex*, *quae datur coheredibus contra ſe inuicem*, *ad diuidendam hereditatem & perſonales praeſtationes faciendas.* De act. fam. erc. indole §. 1-8.

§. 2.

Omnes coheredes ſeu ciuiles, ſeu praetorii, ſeu ex iure ſtatutario hanc actionem inſtituere queunt 1199).

§. 3.

Fines ſunt: Finis.

1. *vt diuidatur hereditas*,
2. *adminiſtrationis rationes reddat*,
3. *lucra* 1200) *communicet*,
4. *impenſas* 1201) *pro rata reſtituat*,
5. *damna cupa lata aut leui in concreto data reſarciat*,
6. *inaequalem diuiſionem corrigat* 1202).

1199) Priores vtuntur DIRECTA, poſteriores VTILI. HOM.

1200) Add. *pro rata.* HOM.

1201) Add. *neceſſarias & vtiles.* HOM.

1202) Add.
7. *vſuras ex tempore morae praeſtet*, L. 18. §. 3. ff. *famil. erciſc.* HOM.

Digitized by Google

§. 4.

Quum fere omnia ad horum fundamentorum probationem pertinentia ex antecedenti actionum explicatione iam profluant, ſingularia tantum commemorabo 1203).

§. 5.

Laeſio, licet non ſit vltra dimidium, ſufficit *L. 3. C. commun. vtr. iud.* modo ſit

1. non 1204) modica,
2. tempore diuiſionis iam exſiſtens 1205), cf. BOEHM. p. 252. diſtinguentem inter laeſionem ex aeſtimatione rerum & ex ipſa diuiſione prouenientem. Quae diſtinctio praeſtat 1206).

§. 6.

1203) Inter quae neceſſe, vt pars quota petita ſpecifice exprimatur in hac actione, arg. *L. 6. ff. de rei vind.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 3. n. 4.* HOM.

1204) Add. nimis. HOM.

1205) Melius loco ſequentium ponatur:

3. laeſio circa ipſas res diuidendas, non earum aeſtimationem,
4. in diuiſione extraiudiciali obueniat, LEYSER. *ad ff. Spec. 117. Med. 5.* Litis vitandae cauſa cautela commendatur, vt in hoc iudicio tam *L. 3. C. commun. vtr. iud.* quam *L. 2. C. de reſc. vend.* ſpecifice renuncietur. Conf. HOMMEL. *ad Stryck. Act. For. Sect. I. membr. 9. §. 20. lit. c.* nec non G. C. GEBAVER. diſſ. *de hercto cito ob inaequalitatem reformando.* HOM.

1206) Sed haec diſtinctio a pluribus accepta eo minus calculum noſtrum meretur, quo euidentius ex *L. 3. C. c.* appareat, propter quamcunque laeſionem iam factam diuiſionem impugnari poſſe. Ita enim IMPP. *Maioribus etiam per fraudem & dolum vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* Male h. L. interpretatur WISSENBACH. melius PEREZ. Et ita quaecunque laeſio reparanda, modo diuidentes exceptioni laeſionis illatae

Digitized by Google

§. 6.

Modi diuidendi ſunt vel *iudiciales*, vel *extraiudiciales*. Extraiudicialis ſufficere poteſt, etiam ſi coheredes minorennes ſint, modo fiat adhibitis tutoribus & curatoribus, & a magiſtratu confirmetur 1207).

§. 7.

Vt diuiſio rite fiat, requiritur

a. legitima obſignatio reſignatioque 1208),

b. inuentarii confectio legitima 1209),

c. taxatio rerum a peritis,

 d. di-

illatae in diuiſione non renunciauerint. Quod in aeſtimatione rerum laeſionem vltra dimidium requirarit, ea datur ratio, quia *L. 1. C. eod.* diuiſio emtioni comparatur. Sed non ex omni parte, ſi quidem in diuiſione nullum pretium interueniat, & non alia mens ſit diuidentium, quam vt ſuum habeant & iuſtam partem, ſecus in contractibus mutui commercii gratia inſtitutis. FERRET. *l. c.* Accedit *remedium L. 1. C. de reſc.* ad venditorem ſolum, qui hic non adeſt, pertinere, non ad diuidentes. MAD.

1207) Confirmatione iudicis tamen non eſt opus, ſi res mobiles, quae ſeruando ſeruari nequeunt, diuidantur, aut coheres minorennis ad diuiſionem prouocet, *L. 17. C. de praed. & al. reb. minor.* HOM.

1208) Sed illud ſolum a iudice ex officio requiritur, ſi tempore mortis defuncti nullus plane coheredum praeſens eſt, qui aut poſſeſſionem adprehendere poteſt, aut in poſſeſſione iam eſt. Ad implorationem autem ceterorum coheredum faciendam eſſe obſignationem propterea credimus, quoniam ea remedium ſecuritatis continet, ne hereditas expiletur, ceteris coheredibus non denegandum. MAD.

1209) Inuentarii confectio legitima praeponit obſignationem iudicialem ſtatim poſt mortem defuncti factam, qua neglecta deſignatio rerum hereditariarum, licet a perſona publica fiat, inuentarium iure dici hoc in caſu nequit. Iure autem Brandenburgico ſpecificatio iurata a coherede admittitur. MAD.

Digitized by Google

d. diuiſio, vel per modum permutationis, durch looſen, (niſi optionis ius, das Kuhrrecht, obtineat 1210), vel per modum venditionis priuatae, vel per ſubhaſtationem, aut auctionem publicam voluntariam 1211),

e. conficiatur ein Erbtheilungs-Receſs 1212).

§. 8.

Euictionem heredes ſibi inuicem praeſtare debent 1213), *L. 14. C. h. t. cf. L. 77. ∬. 8. de leg. 2.* In nominum diuiſione veritatem tantum euictionis cauſa praeſtant, non bonitatem, niſi haec omnia expreſſe pro bonis nominibus adſignauerint in diuiſione.

§. 9.

De eius fundam. Fundamenta haec ſunt:

1. *ius cohereditarium*, quod probandum, niſi partem hereditatis poſſideat actor 1214), Euolu. *L. 1.*

1210) Vid. in Sax. El. CONST. XL. 15. *Part. III.* HOM.

1211) Add. vel per adiudicationem ſeparatam proprietatis atque vſusfructus, vel per alternationem vſusfructus rei communis, BERGER. in *Oec. Iur. loc. cit. n. 14.* HOM.

1212) I. e. inſtrumentum ſuper facta hereditatis diuiſione inter coheredes ita conſcribendum, vt tam ſingulorum heredum portiones hereditariae, quam etiam pretium aeſtimatum ipſarum rerum hereditariarum, quas vnusquisque heres in ſua portione accepit, adpareat. Maxime hoc nomen meretur, ſi a perſona publica, aut auctoritate ipſius iudicis competentis ab actuario conſcribatur. MAD.

Neceſſitatis tamen non eſt, cum diuiſio citra ſcripturam ſubſiſtat, *L. 12. C. famil. ercifc.* Addatur tutores & curatores, ſi pupilli & minores, abſentes & foeminae concurrunt, conſtituantur. LEYSER. *ad Pand. Spec. 116. Med. 3.* HOM.

1213) Licet de ea ſpeciatim non conuentum, aut diuiſio ſit iudicialis, aut teſtator diuiſionem fecerit. HOM.

1214) Tunc ſufficit aliqualis demonſtratio. HOM.

Digitized by Google

L. 1. ſ. 1. h. t. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 3. ſ. 56.*

2. *adminiſtratio hereditatis* vel *ſolitaria*, vel *communis*,
3. *inaequalitas diuiſionis*.

§. 10.

Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *rei ſitae*.

§. 11.

Durat per *triginta annos* 1215), & tam heredibus, quam contra heredes datur.

§. 12.

Exceptiones adplica: Except. oppon.

1. *collationis nondum factae*,
2. *deficientis iuris hereditarii*,
3. *nominis heredis actoris deleti in teſtamento*, ergo teſtamenti quoad ipſum actorem reuocati.
4. *ipſe rationes nondum reddidiſti*,
5. *laeſionis tempore diuiſionis non exiſtentis*,
6. *laeſionis modicae* 1216),
7. *diuiſionis per decretum factae* 1217),
8. *renunciationis exceptionum*,
9. *alias exceptiones reſpectu euictionis in actione emti traditas hic quoque obſeruabis*.

Libel-

1215) In Saxon. El. adduntur, 1 an. 6 ſept. 3 dies. Requiritur tamen, vt reus partem coheredis vt propriam poſſederit, ſi vt communem poſſedit, nunquam praeſcriptioni locus, *L. 14. §. 5. ff.* & *L. vlt. C. commun. diuid.* WERNHER. *Part. II. Obſ.* 423. & *Part. X. Obſ.* 489. HOM.

1216) In rerum aeſtimatione. HOM.

1217) Quae exceptio tamen nihil operatur, quum tam diuiſio iudicialis, quam extraiudicialis propter inaequalitatem impugnari poſſit. MAD.

Digitized by Google

Libellus.

Klaget, wie Seius, ſo den 1 April 1764. geſtorben, ſo wohl Beklagten, als Klägern, als des defuncti leibliche Brüder zu rechtmäßigen Erben ab inteſtato hinterlaſſen; Wann ſich aber Beklagter in Klägers Abweſenheit der Erbſchaft allein angemaßt, und ſich bis jetzo weder zur Theilung noch Ablegung einer richtigen Rechnung verſtehen will, Kläger aber in fernerer Gemeinſchaft dieſer Erbſchaft zu bleiben nicht gemeinet iſt; Als iſt Kläger ꝛc.

Daß Beklagter zuförderſt eine richtige Rechnung von der Adminiſtration der *libellir*ten Erbſchaft Klägern abzulegen, und demſelben ſeine Erbportion abzutreten, nichtweniger alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

SECT.

Digitized by Google

SECT. III. CAP. II.

MEMBRVM V.

DE

ACTIONE COMMVNI DIVIDVNDO.

§. 1.

Haec eſt actio *mixta ciuilis duplex*, *quae datur iis*, *qui* 1218), *praeter hereditatem*, *res communes habent*, *contra ſe inuicem ad illas diuidendas & praeſtationes perſonales faciendas*. De act. comm. diuid. indole §. 1-4.

§. 2.

DIRECTA actio datur iis, qui res ipſas in communione dominii habent, etiam ſociis.

VTILIS vero etiam iis, qui aliud ius commune habent, vt vſumfructum &c. *L. 7. §. 7. ff. commun. diuid.*

§. 3.

Iidem fines ſunt, qui in actione familiae erciſcundae, modo adplicantur ad res ex alia cauſa 1219) communes. Finis.

§. 4.

Praecipua fundamenta ſunt: Fundamenta.

1. *condominium*, vel *aliud ius* 1220) *in communione exſiſtens*,

2. *adminiſtratio rei communis ſingularis*.

Reli-

1218) Melius loco ſequentium, *praeter — habent*, ponatur: *in communione rei ſingularis ſint.* HOM.

1219) V. c. legati, donationis. HOM.

1220) Add. *rei ſingularis.* HOM.

Digitized by Google

Reliqua ex familiae erciſcundae fundamentis ſunt adplicanda.

§. 5.

Except. oppon. Exceptiones ſunt,

1. *pacti, ne intra certum tempus a communione diſcedatur* 1221),
2. *deficientis communionis,*
3. *non competentis iuris* 1222) *prouocandi ad diuiſionem,*
4. *praeſcriptionis triginta annorum* 1223).

Libellus.

Klaget kürzlich, was maßen er nebſt Beklagten das ſogenannte Kehlholz, welches zwiſchen N. und N. gelegen, bis anhero in communione zu gleichen Theilen beſeſſen, und genutzet; Nachdem aber Beklagter ſich unterſtanden verwichenen Herbſt 100 Klaftern Holz vor ſich ohne Klägers Vorwiſſen zu ſchlagen, und zu verkaufen, und das daraus gelößte Geld an ſich zu behalten, hierüber verſchiedene Zwiſtigkeiten ſich geäuſſert, daß daher Kläger länger in dieſer Communion zu bleiben nicht geſonnen, Beklagter aber zu einer richtigen Abtheilung

1221) Quod tamen pactum non id operatur, vt inuitus actor in communione permanere debeat, ſed vt praeſtet id, quod intereſt, ſi ſontica cauſa diſceſſionis non adeſt. MAD.

1222) Sed quilibet, qui in communione eſt, ad diuiſionem prouocare poteſt, in pupillo tamen requiritur auctoritas tutoris, & quandoque decretum de alienando, quod *Auct.* ſubintellexiſſe videtur. MAD.

1223) In Saxon. El. cum conſueto additamento anni & diei. WERNHER. *Part. II. Obſ.* 423. & *Part. X. Obſ.* 489. HOM.

Digitized by Google

theilung und Erſtattung Klägers Antheils vom verkauften Holze ſich in Güte nicht verſtehen will; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter die Hälfte des aus dem im gemeinſchaftlichen Holze geſchlagenen Holzes gelößten Geldes Klägern zu bezahlen, nichtweniger gedachtes Holz in Beyſeyn beyderſeits durch einen geſchwornen Feldmeſſer ausmeſſen zu laſſen, Klägern ſeine Hälfte zu überlaſſen, und demſelben alle *cauſirte* Schäden 1224) und Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

§. 6.

Si res commode diuidi nequit 1225), ſubhaſtatio vrgeri poteſt 1226).



SECT.

1224) In petito huius actionis etiam ea omnia obuenire poſſunt, quae durante communione in obligationibus ſociorum poſita erant. MAD.

1225) Aut ſi partes in re diuidenda conuenire non poſſunt. HOM.

1226) Conf. WINCKLER. *ad Berger. Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 3. n. 15.* HOM.

Digitized by Google

SECT. III. CAP. II.
MEMBRVM VI.
DE
ACTIONE FINIVM REGVNDORVM.

§. 1.

De act. fin. reg. indole §. 1-4. Haec eſt actio *mixta duplex ciuilis*, *quae datur iis, qui confines agros habent, ad turbatos fines reſtituendos, & praeſtandum id, quod intereſt* 1227). *L. 4. ſ. 1. h. t. L. fin. pr. ff. de via publ. & itiner. publ. ref.* 1228)

§. 2.

1227) Sed iure romano actio finium regundorum potiſſimum ad fines communes reſtituendos. Via iur. rom. aut publica aut priuata erat. Priori in caſu ab initio quidem *actio viae reiectae* dabatur, ſed poſtea Praetor remedium facilius indulſit, nempe interdictum de *locis & itineribus publicis*, *de via publica* &c. Nec hodie peculiaris actio inſtituitur, ſed illi magiſtratui denunciatur, cui cura viarum publicarum commiſſa eſt. Poſteriori autem, quum viae priuatae in condominio priuatorum eſſent, tam ad fructuum perceptorum reſtitutionem, rationumque redditionem, quam etiam ad turbatorum finium reſtaurationem. In Germania autem viae non publicae, ſunt potius vniuerſitatis, ad oppidum, pagum &c. non ad priuatos, pertinentes. Obuenit quidem in noſtris foris maxime ruralibus ſat frequenter actio, quae etiam finium regundorum dicitur, ſed propter deficiens obiectum, diuerſumque modum procedendi adeo differt a Romana, vt nil fere niſi nomen inde acceperit. Hodie igitur haec actio qua talis ſolum ad fines ex officio iudicis reſtituendos inſtituitur, & ſi alter per turbationem finium alteri aliquid ex ſuo patrimonio abſtulit, aut damnum intulerit, alia actione competente agitur. Singularem procedendi modum in litibus finalibus obſeruandum praeſcripſit *Cod. Frid. Part. IV. Tit. VIII. §. 40.* MAD.

1228) Confer. STRYCK, *de Act. for. Sect. I. Membr. 9. ſ. 27.* HOM.

§. 2.

Competit DIRECTA 1229) dominis 1230). VTILIS 1231) vſufructuariis, vſuariis, creditoribus pignoratitiis & b. f. poſſeſſoribus 1232).

§. 3.

Hodie etiam quandoque ad praedia vrbana 1233) poterit adplicari, non vero iure rom. 1234)

§. 4.

Tendit Finis.

1. *ad confuſos fines reſtituendos,*
2. *ad omne intereſſe praeſtandum*, quod etiam ad fructus vltra veros fines perceptos, vel percipiendos, pertinet, *L. 4. ſſ. 2. h. t.*
3. *quandoque ad nouos plane fines conſtituendos* 1235), *ſſ. 6. I. de off. iud.*

§. 5.

Fundamenta ſunt: Eius fundam. §. 5-7.

1. *dominium praedii* vel *aliud ius in re* 1236), 2. *de-*

1229) Add. ratione *ſubiecti.* HOM.

1230) Add. ratione *obiecti*, ſi fines agrorum confuſi ſunt. HOM.

1231) Ratione *ſubiecti.* HOM.

1232) Ratione *obiecti* in finibus iurisdictionis, patronatus, venationis &c. confuſis. HOM.

1233) Si forte horti in vrbe ſe contingant. HOM.

1234) Sed vel nunciatione noui operis, vel interdicto quod vi aut clam, vel actione negatoria aut confeſſoria vtendum. HOM.

1235) Nempe ſi ita fines confuſi ſunt, vt veſtigia antiquorum plane reperiri nequeant. MAD.
Aut ſi metuendum, ne ex finibus nouae oriantur lites. HOM.

1236) Quod &, ſi a reo negatur, probandum. HOM.

Digitized by Google

2. *delictum*, ſc. doloſa finium confuſio, ſi ad omne intereſſe agatur 1237),

3. *quaſi contractus* 1238) *communionis agrorum ex confuſione exiſtentis*,

4. *fructuum perceptio vltra veros fines.*

§. 6.

Probandae confuſioni agrorum deſeruit ocularis inſpectio, in qua peruestiganda ſunt veſtigia finium, & termini antiqui reſtituendi 1239). Si non adpareant, per agri menſores iuratos agri dimetiendi ſunt 1240).

§. 7.

Si reus alios fines vrgeat, probatio reo eſt iniungenda 1241).

§. 8.

1237) Praeterea hoc caſu datur *Actio ex L. Agraria* ad 50 aureos publico inferendos, *L. fin. ff. de term. mot.* BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. VI. th. 4. n. 10.* HOM.

1238) Potius: *adminiſtratio rei vltra fines ſuos extenſa*, ex qua adminiſtratione profluit obligatio confundentis ad fructus perceptos reſtituendos, ceteraque damna reſtituenda. MAD.

1239) In finibus vero eruendis virgula mercurialis plerumque officium ſuum perdit, I. F. WERNHER. diſſ. *de finibus per virgulam mercurialem non inueſtigandis.* HOM.

1240) Et iuxta renunciatum modum agrimenſorum in agris vicinorum repertum fines noui reſtituendi ſunt. MAD.

In Saxon. El. vide ORD. PROC. REC. *Tit. XXVIII.* §. 2. Veros fines quoque probant teſtes maxime ſenes, libri iuriſdictionales & cenſuales, Gerichts= Erb- und Saal=Bücher, inſtrumenta, quibus fines demonſtrantur, Fluhr=Regiſter und Beſchreibungen. HOM.

1241) Nempe ſi veſtigia antiquiorum finium reperta ſunt, alioquin ad actoris probationem pertineret, fines antiquos facto rei eſſe confuſos. MAD.

Digitized by Google

§. 8.

Exceptiones ſunt: Except. oppon.

1. *deficientis legitimationis ad cauſam*, ſ. *tua non intereſt* 1242),
2. *deficientis confuſionis*, *ſiue adhuc exiſtentium terminorum*,
3. *confuſionis caſu fortuito factae* 1243),
4. *non competentis iuris petendi fructus ante L. C. perceptos* 1244),
5. *fructuum non vltra terminos perceptorum*,
6. *initae communionis fundorum*,
7. *praeſcriptionis* 1245).

Libellus.

Klaget, was maßen Kläger in dem Dorfe N. an dem ſogenannten Funken-Wäldgen, 16 Acker Landes neben Beklagtens Feldern von 10 Ackern liegen hat. Nachdem nun die alten Grenzſteine nicht mehr vorhanden, und der Rein, ſo vor dieſem

 zwi-

1242) In hoc quidem caſu *exc. legitimationis ad cauſam* & *exc. tua non intereſt* conueniunt, alias differunt. Eliduntur autem, ſi actor poſſeſſionem ex iuris ſibi competentis cauſa probauerit. MAD.

1243) Tum quidem ad reſtaurationem finium confuſorum agi poteſt, non autem ad intereſſe praeſtandum, quia facto ipſius rei confuſi non ſunt. MAD.

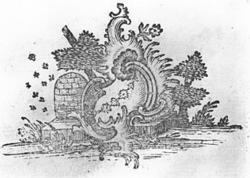
1244) Bonae fidei poſſeſſor autem ſolum lucratur fructus ante L. C. perceptos, ſi eos conſumſerit, non ſi ſuperſunt, *L. 4. §. 2. ff. h. t.* — *ſed ante iudicium percepti* non omnimodo *hoc in iudicium venient*, *aut enim bona fide percepit & lucrari eum oportet*, *ſi eos conſumſit*, *aut mala fide*, *& condici oportet.* Aliud igitur in hac quam in rei vindicatione obtinet, quod ex communione ortum ſuum traxiſſe videtur, in Germania aeque receptum. MAD.

1245) Conf. LEYSER. *ad ff. Spec. 454. Med. 11.* HOM.

Digitized by Google

zwiſchen beyder Felder geweſen, vergangen, hat ſich Beklagter unterſtanden, über die alten Grenzen zu greifen, und Klägern etliche Meßruthen abzupflügen, ſolches auch für ſein Eigenthum zu gebrauchen; Wann denn Beklagter in Güte davon nicht abſtehen will; Als ergehet Klägers Bitten:

Vermittelſt richterlichen Amts Klägers und Beklagtens Aecker durch einem oder mehr geſchworne Feldmeſſer, in beyderſeits Gegenwart ausmeſſen zu laſſen, ſo weit ſich eines jeden Grundſtücke erſtrecken, neue Mark- oder Reinſteine zu ſetzen, auch daß Beklagter ſich des über die Grenzen angemaßten Stückes zu enthalten, und alle bisher erhobene Nutzungen, nebſt denen verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig, auszuſprechen.



SECT.

Digitized by Google

SECTIO IV.

CAP. I.

MEMBRVM I.

DE

ACTIONIBVS IN REM SCRIPTIS,

IN SPECIE

DE ACTIONE AD EXHIBENDVM.

§. 1.

Actiones in rem ſcriptae ſunt actiones perſonales, quae tamen, ob ſpecialem legum diſpoſitionem, contra quemuis poſſeſſorem dantur. Inter has *actionem ad exhibendum* & *quod metus cauſa* pertractabo. De act. ad exh. indole §. 1-4.

§. 2.

ACTIO AD EXHIBENDVM eſt *perſonalis in rem ſcripta*, *praeparatoria* 1246), *quae datur illi, cuius peculiariter intereſt rem exhiberi, aduerſus quemuis poſſeſſorem, ad rem in iudicio* 1247) *exhibendam* 1248).

1246) Add. *arbitraria.* HOM.

1247) Add. *eius videndae gratia.* HOM.

1248) *Exhibere* eſt ſiſtere quem & praeſentiam corporis facere, *L.* 22. *ff. de V. S. L.* 5. *ff. qui ſatisd. cog.* Et in hac actione eſt facere in publico poteſtatem, vt ei, qui agit, experiundi ſit copia, *L.* 2. *h t.* vel vt VLP. *L.* 9. §. 2. *h. t.* in eadem cauſa praeſtare, in qua fuit, quum iudicium acciperetur, vt quis copiam rei habens poſſit exſequi actione, quam deſtinauit in nullo caſu, quam intendit, laeſa. BRISS. *de V. S. voc. Exhib.* MAD.

Digitized by Google

§. 3.

Datur illi, cuius peculialiter ex iuſta cauſa intereſt, rem exhiberi 1249). Adeoque *male* 1250) *ad res immobiles adplicatur* 1251).

§. 4.

Finis. Tendit

1. *ad exhibendam rem, ſumtibus* 1252) *actoris* 1253),
2. *in eadem cauſa, in qua L. C. tempore fuit* 1254),
3. *ad admiſſionem ad iuramentum in litem, ſi exhibere nolit* 1255).

§. 5.

De eius fundam. §. 5-8. Fundamenta ſunt:

1. *intereſſe actoris iuſtum* 1256), ſcil. quod probabilem cauſam, principalem deinde poſt rem exhibitam, actionem inſtituendi, habeat 1257). Nihil

1249) Add. & in publicum produci. HOM.

1250) In ſignificatu, videndi copiam facere in iudicio, in quo nullo in loco occurrit, bene vero, ſi exhibere ſumitur pro iudicare praeſtare. MAD.

1251) Niſi hae actori ratione ſitus ſint incognitae, *L. 8. ff. ad exhibend.* quae actio tunc vocatur VTILIS. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. III. Tit. XII. th. 1. n. 3.* HOM.

1252) Add. *& periculo.* HOM.

1253) Niſi poſſeſſor data opera in locum remotum res contulerit, & actori incommodior eſſet exhibitio, *L. 11. §. 1. ff. eod.* HOM.

1254) Nec vſucapta, nec deteriorata, *L. 9. §. 5 ſeq. ff. eod.* HOM.

1255) Vel dolo deſierit poſſidere, *L. 5. C. eod.* HOM.

1256) Add. *& proprium.* HOM.

1257) Quae ſummarie ſunt demonſtanda. HOM.

Digitized by Google

Nihil autem intereſt, an actionem realem, aut perſonalem 1258) inſtituere intendat, *L. 12. ſ. 2. ff. h. t.* Conf. *L. 3. ſ. 8. 13. ff. h. t.*

2. *poſſeſſio rei* 1259),

3. *contumacia in exhibendo* 1260).

§. 6.

Haec actio ſummario proceſſu eſt pertractanda 1261).

§. 7.

Competens iudex eſt in rem ſcriptis actionibus *domicilii*, vel *rei ſitae*.

§. 8.

Durat actio in rem ſcripta per *triginta annos* 1262).

1258) V. c. condictionem furtiuam. HOM.

1259) Naturalis vel ciuilis, vera vel ficta. HOM.

1260) Quae quidem quoad ipſam exhibitionem, tamquam finem principalem huius actionis indifferens eſt, quia reus mandatis poenalibus ad rem exhibendam ſatis cogi poteſt, ſed peculiare fundamentum conſtituit, ſi ſimul ad intereſſe iureiurando in litem determinandum agere vult. MAD.

1261) Adeo vt ſolennis probatio per teſtes non requiratur & omnes ambages euitentur. Namque per exhibitionem reus nihil perdit, indeque etiam mandatis poenalibus ſtatim adigi ſolet. Actor enim poſt exhibitionem ius ſuum perſequi debet legitimo modo. MAD.

Imploratur officium iudicis ad decernendas literas vel compulſoriales, vel requiſitoriales. MAD.

1262) Quoniam ratione fundamenti eſt actio perſonalis ex immediata legis diſpoſitione oriunda. MAD.

In Saxon. El. annus conſuetus additur. Tranſit quoque contra poſſeſſoris heredes, quatenus adhuc poſſident, vel ex dolo defuncti facti ſunt locupletiores, *L. 12. §. fin. ff. eod.* HOM.

Digitized by Google

§. 9.

Except. oppon. Exceptiones liquidae tantum in hoc proceſſu attendun- tur, ex quibus ſtatim pateat, vel intereſſe, quod allegatur, non eſſe iuris perfecti, vel ius agendi principaliter eſſe exſtinctum, *L. 3. ſ. 13. ff. eod.* Hinc ſequentes liquidae tamen opponi potuerunt exceptiones:

1. *deficientis intereſſe ex iure perfecto,*
2. *transactionis,*
3. *rei iudicatae,*
4. *praeſcriptionis* 1263).

Libellus.

Denenſelben habe klagend zu hinterbringen, was maßen mir vor 6 Wochen ein ſilberner vergoldeter Becher, ſo 3 Mark und 4 Loth gewogen, und darauf ein Jagdſtück geſtochen geweſen, entwendet worden, wie ich denn ſothanen Diebſtahl bey Denenſelben ſogleich denunciret, und in denen öffentlichen Anzeigen be- kannt machen laſſen. Nachdem ich nun erfahren, daß Caius, der Goldſchmidt allhier, einen dergleichen Becher gekauft haben, und annoch beſitzen ſoll, ich aber ſolchen in Anſpruch zu nehmen gewillet bin, je- doch um mehrerer Sicherheit dieſen Becher vorher in Augenſchein zu nehmen mich gemüßiget finde; Als ergehet an Dieſelben mein ergebenſtes Bitten:

Gedachtem *Caio*, daß er obberührten Becher in die Gerichte bringen, und mir ſelbigen betrachten laſſe, bey 5 Thlr. Strafe aufzulegen.

§. 10.

Hodie conſultis duco, ſi hanc actionem ſtatim cum principali cumules.

1263) Add.
5. *cautionis indemnitatis nondum praeſtitae,*
6. *rei caſu amiſſae, vel non amplius poſſeſſae.* WERNHER. *Part. IV. Obſ. 214. n. 119.* HOM.

SECT. IV. CAP. I.
MEMBRVM II.
DE ACTIONE QVOD METVS CAVSA.

§. 1.

Haec eſt *actio praetoria, perſonalis, in rem ſcripta,* (*L. 9. ſ. 8. ff. quod met. cauſ. geſtum erit.*) *arbitraria, quae datur vim paſſo* 1264), eiusque heredibus, *aduerſus* 1265) *tertium quemuis poſſeſſorem* 1266), *ad rem* 1267) *reſtituendam, & ſi contumax ſit, ad quadruplum intra annum* 1268) *praeſtandum.* De act. q. met. cauſa indole §. 1-5.

§. 2.

Prouenit ex reſtitutione in integrum 1269), quae locum habet, ſiue liberatio, ſ. alienatio, ſ. promiſſio metu ſit facta, *L. 9. ſ. 3. ff. h. t.*

Bb 5 §. 3.

1264) Potius: *laeſo.* HOM.

1265) Add. *metum inferentem, &.* HOM.

1266) Add. *rei metu amiſſae.* HOM.

1267) Potius ad id, quod metu extortum eſt, reddendum v. c. apocham, chirographum &c. MAD.

1268) Add. *vtilem.* HOM.

1269) Neminem facile fugit, actionem quod metus cauſa reſtitutionem in integrum operaſſe in negotiis ſtricti iuris ipſo iure quidem validis, ſed remedio reſtitutionis in integrum ex capite metus reſcindendis. In negotiis autem bonae fidei nulla reſtitutione in integrum opus erat, quoniam metus eadem negotia ipſo iure nulla reddebat. Ea igitur actio quod m. c. quae ex ICtorum reſponſis enata in negotiis b. f. ſi nulla alia actio in promtu erat, *L. 14. §. 2. h. t. L. 4. C. h. t.* tam aduerſus metum inferentem, quam aduerſus tertium rei poſſeſſorem dabatur. Etiam hodie tamquam ciuilis actio obtinet. MAD.

Digitized by Google

§. 3.

Datur illi, *qui per vim iniuſtam alterius laeſus eſt* 1270), ſiue per alienationem, ſ. promiſſionem, ſ. liberationem.

§. 4.

Datur aduerſus

1. *vim inferentem*, licet non amplius poſſideat 1271),
2. *contra tertium quemuis poſſeſſorem*,
3. *contra plures metum inferentes in ſolidum* 1272).

§. 5.

Finis. Tendit

1. *ad reſtitutionem rei vi extortae*,
2. *cum omni emolumento & fructibus* 1273), *L. 11. ſ. 7. L. 12. & 21. ff. h. t.*
3. *ad aeſtimationem rei, ſi apud metum inferentem, vel malae fidei poſſeſſorem perierit*,
4. *ad quietantiam reſtituendam, redintegrandamque obligationem* 1274),

5. *ad*

1270) Vel immediate, vel mediate, *L. 8. §. 3. ff. eod.* HOM.

1271) Quoniam, licet qua actio in rem ſcripta aduerſus tertium poſſeſſorem detur, perſonalis tamen ideo non deſinit eſſe, adeoque in aeſtimationem rei condemnandus eſt, ſi rem non amplius habeat, *L. 14. §. 5. ff. h. t.* MAD.

1272) Rei reſtitutio tamen ab vno facta liberat reliquos, *L. 14. §. fin. ff. eod.* HOM.

1273) Ob malam fidem quoque percipiendis. HOM.

1274) Non quidem ad effectum reſtitutionis in integrum Praetoriae, quippe quae hodie ceſſat, ſed ideo, ne alioquin, ſi inter heredes metum inferentis atque heredes laeſi lis agatur, quippe qui facti alieni certam ſcientiam vix habere poſſunt, haec apocha produci poſſit ad probationem ſolutionis nulla amplius exceptione labefactandam. MAD.

Digitized by Google

5. *ad chirographum metu extortum reſtituendum,*

6. *ad quadruplum praeſtandum* 1275), *ob contumaciam in reſtituendo poſt ſententiam.* Quadruplatur res cum omni cauſa 1276).

§. 6.

Fundamenta ſunt: De eius fundam. §. 6-10.

1. *reſtitutio in integrum praetoria* 1277),

2. *vt reus rem vi extortam poſſideat,*

3. *mala fides poſſidentis*, ſc. *ad aeſtimationem conſequendam & fructus percipiendos* 1278),

4. *contumacia in reſtituendo.*

§. 7.

Reſtitutio haec in integrum requirit 1279),

1. *vt aliquid geſtum ſit* 1280). Conf. *L. 20. ff. de V. S.*

2. *vi iniuſta compulſiua, L. 3. ff. eod.*

3. *metus iuſtus, non vanus ſit,* Euolu. *L. 1. & 2. C. de his, qui per met. iud. non appell.* 1281)

4. *vt inde vim paſſus damnum ſenſerit* 1282).

§. 8.

1275) Quod in Germ. vt ſaepius doctum ceſſat. MAD.

1276) Vid, *L. 14. §. 7. ff. eod.* Iure Rom. non vſurae, bene vero hodie. BERGER. in *Oec. Lib. III. Tit. XV. th. 9. n. 5.* HOM.

1277) Hoc fundamentum & 4. in Germania plane ceſſant. MAD.

1278) Add. *& damna caſu data reparanda.* HOM.

1279) Sed potius ipſa actio quod metus cauſa, quae reſtitutio non amplius erat. MAD.

1280) Dando, aut promittendo, aut liberando. HOM.

1281) Confer. S. F. WILLENBERG. Exerc. *de metu vano eiusque operationibus.* HOM.

1282) Quae omnia ſunt probanda. HOM.

Digitized by Google

§. 8.

Competens iudex eſt vel *domicilii*, vel *rei ſitae.*

§. 9.

Durat, quatenus in ſimplum agitur, *perpetuo*, *L. 35. ff. de obl. & act. L. 14. ſ. 1. ff.* & *L. 4. C. h. t.* [1283] Quod nec per *L. f. C. de tempor. in integr. reſtit.* eſt mutatum. Quatenus vero ad quadruplum tendit, per anni [1284] tempus tantum competit, *L. 14. ſ. 7. ff. h. t.* & all. *L. 35.* [1285].

§. 10.

An ad heredes transeat?

Ad heredes actoris tranſit, ad heredes rei vero non, niſi aliquid ad heredes peruenerit, *L. 117. ff. de R. I.* vel lis a defuncto ſit conteſtata [1286].

§. 11.

Except. oppon.

Exceptiones ſequentes deſeruient:

1. *vis iuſta ex cauſa adhibitae,*
2. *publica auctoritate illatae,*
3. *metus vani,*
4. *ſponte, poſt ceſſantem metum, ratihabuiſti,*
5. *deficientis laeſionis,*

6. *ſpo-*

1283) Honorarias actiones in ſimplum etiam poſt annum dari probat *L. 35. cit.* ſed hodie eo minus de perpetua vita huius actionis dubitandum eſt, quum apud nos reſtitutio in integrum ex capite metus plane ceſſet, & tantum actio ciuilis quod metus cauſa, absque omni reſtitutionis neceſſitate obueniat, quapropter etiam *L. f. C. cit.* obſtare nequit. MAD.

1284) Scilicet *vtilis.* HOM.

1285) Qui annus a Iuſtiniano in quadriennium continuum mutatus eſt, *L. f. C. de temp. in integr. reſt.* STRYCK. *Vſ. mod. Lib. IV. Tit. II. §. 4.* HOM.

1286) Sufficit tamen ad primum heredem rem perueniſſe, licet enim conſumſerit, & mox deceſſerit, heres tamen ſecundus nihilominus conueniri poteſt, *L. 17. ſeq. ff. quod met. cauſ. geſt.* ibidemque BRUNNEMANN. HOM.

Digitized by Google

6. *ſpolii tantum in continenti erepti,*
7. *accepi tantum, ut te a vi liberem, L. 9. ſ. 1. ff. eod.*
8. *interitus rei, quoad b. f. poſſeſſorem,*
9. *deficientis poſſeſſionis* 1287),
10. *morae in acceptando,*
11. *rei propriae extortae* 1288).

Libellus.

Klaget, welchergeſtalt den Johannistag a. p. zwey unbekannte Kerls zu Klägern in ſein Gartenhaus vor dem Neumärkerthore gekommen, ihm die Piſtolen mit aufgezogenen Hähnen auf die Bruſt geſetzet, und ihn auf der Stelle zu erſchieſſen gedrohet, wenn er ihnen nicht ſeinen am Finger habenden Ring mit 9 großen Rauten-Diamanten geben würde; Nachdem nun Kläger der augenſcheinlichen Todesgefahr zu entgehen, den Ring zu geben genöthiget worden, nachgehends aber dieſen Ring bey Beklagten geſehen, welcher ihn noch vor 3 Tagen am Finger getragen, dieſer ſich aber, aller Vorſtellung ungeachtet, ſolchen an Klägern zu reſtituiren verweigert; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagter den *libellirten* Ring Klägern zu reſtituiren, auch alle verurſachte Schäden und Unkoſten zu erſtatten, und dafern er ſich ferner deſſen verweigern ſollte, annoch den dreyfachen Werth 1289) **deſſelben zu bezahlen ſchuldig.**

SECT.

1287) Quae tamen exceptio reum non liberat a praeſtatione aeſtimationis rei metu extortae, ſi aut ipſe metum intulit, aut rem metu extortam poſſederit, iterumque dolo malo poſſidere deſierit. MAD.

1288) Add.
12. *praeſcriptionis.* HOM.

1289) Extra Saxoniam in Germania fruſtra hoc petitur, quoniam actiones poenales in foris noſtris non ſunt receptae. MAD.

Digitized by Google

SECTIO V.

CAP. I.

DE ACTIONIBVS PRAEIVDICIALIBVS IN GENERE.

§. 1.

De act. praeiud. in gen. indole §. 1-5.

Sequuntur coronidis loco *actiones praeiudiciales*, quae ex ſtatu 1290) oriuntur. Vocantur autem ita, quia, ſi cum aliis quaeſtionibus ex iure rerum concurrunt, ante omnia decidendae ſunt 1291).

§. 2.

Diuiditur actio praeiudicialis in *adfirmatoriam* & *negatoriam*.

§. 3.

ADFIRMATORIA datur *illi, qui adſerit ſibi ſtatum, & ius exinde competens, aduerſus negantem, vt declaret, ſtatum & ius inde dimanans actori competere.*

§. 4.

1290) Add. hominum & iure perſonarum. HOM.

1291) Ab harum enim deciſione reliquae cauſae pendent, vt itaque hae non prius, quam illae finitae ſint, definiri queant. WERNHER. *Part. VII. Obſ. 177. n. 1.*

Differunt omnino a realibus & perſonalibus actionibus, diuerſum ſuum fundamentum, diuerſamque petendi rationem habent. BOEHMER. *de Act. Sect. II. c. 1.* §. 2. HOM.

Digitized by Google

§. 4.

NEGATORIA datur *illi*, *qui negat alteri ſtatum, & ius competens* 1292), *vt declaretur*, *nec ſtatum praetenſum*, *nec ius exinde reo competere.*

§. 5.

Triplex eſt ſtatus 1293): nempe libertatis, ciuitatis & familiae. Hinc ſecundum hos ſtatus actiones perſcrutabor conſiderando tam directas, quam vtiles 1294).

SECT.

1292) Aduerſus affirmantem. HOM.

1293) Add. hominum ciuilis. HOM.

1294) Extra hos ſtatus principales, plures tam naturales, quam alii in rep. occurrunt ſtatus v. c. quoad ſexum, humanitatem, ſanitatem, aetatem, dignitatem &c. ex quibus aeque actiones praeiudiciales deſcendunt. BERGER. *de vſu act. rei perſecut. cap. 1.* §. 2. Sed cum plerumque contingat, vt incidenter, vel per modum exceptionis de his diſputetur, & ad formam recenſitarum praeiudicialium facile concipi queant, commode omittuntur. BOEHMER. *loc. cit.* §. 5. *ſeq.* HOM.

Digitized by Google

SECT. V. CAP. II.

DE ACTIONE EX SATV LIBERTATIS.

§. 1.

De act. ex ſtatu libertat. indole §. 1-10. Cum hodie ſeruitutes 1295) amplius haud adſint, vix aliqua adplicatio 1296) locum habet, quam in *mancipiis Turcicis* 1297). Vtilis adplicatio ad ſtatum hominum propriorum, ruſticorum 1298) ad operas, colonorum, cenſitorum, monachorum &c. fieri poteſt.

§. 2.

Quodſi itaque ille, a quo dominus operas hominis proprii poſcit, liberum ſtatum adſerit, adfirmatoriam actionem inſtituet ex ſtatu libertatis 1299).

§. 3.

1295) Scil. perſonarum. HOM.

1296) Actionis directae. HOM.

1297) Sed in Germania omnis ſeruitus romana ceſſat, omniſque herilis poteſtas ex mente I. R. adeo vt etiam ii, qui ex aliis regionibus, vbi commercium ſeruorum (Sklavenhandel) & illimitata herilis poteſtas floret, ſeruos aut etiam captiuos turcicos ſecum duxerunt & in Germania habent, dominicam hanc poteſtatem amittant, aliiſque dominis homines proprios habentibus comparantur. MÁD.

1298) Imperfectae libertatis. Conf. J. L. Hauſchild Anweiſung zur beſten Abfaſſung der rechtlichen Klagen derer Bauern, wider ihre Gerichtsherrſchaften in Dienſtſachen, und wie dabey die ihnen zukommende Vermuthung der natürlichen Freyheit nutzbar zum Gebrauch zu machen, am rathſamſten ſey, in *Eius* Juriſtiſchen Abhandlungen von Bauern und deren Frohndienſten (Leipz. und Dresd. 1771.) p. 37. MAD.

1299) Quae actio & datur omnibus, quorum intereſt, actorem liberum declarari v. c. parentibus, arg. L. 1.

§. 3.

Petitum eſt 1300): Daß Kläger für eine freye Perſon zu achten, und daher Beklagter ſich aller ferneren Turbation ſothaner Freyheit, durch Prätendirung eines Leibeigenſchafts-Rechts, bey 20 Thlr. Strafe zu enthalten.

§. 4.

Quamuis alias actor agendi fundamentum probare debeat, hic tamen libertatis praeſumtio actorem ab onere liberat, niſi reus in *poſſeſſione* ſit conſtitutus, quod

L. 1. §. 1. & *L. 3. ff. de liberali cauſ.* Poteſt quoque is, qui in poſſeſſione vel quaſi libertatis eſt, ex *L. 5. C. de ingen. manumiſſ.* iudicem implorare, vt citetur diffamator ad id, vt aut veritatem diffamationis probet, aut perpetuum ſilentium ſibi imponi patiatur. ORD. PROC. SAX. REC. *Tit. V. §. 5.* BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 1. §. 16.* HOM.

1300) Loco huius §. 3. & 4. melius ponantur & inſerantur ſequentia:

Datur haec actio *contra quemcunque, qui praeſtationes hominum propriorum exigit, & ſic actorem in naturali turbat libertate.* Modus turbationis ab actore in libello ſpecifice eſt exprimendus.

Fines huius act. affirmatoriae ſunt, vt

1. *actor pro homine libero declaretur,*
2. *reus a praetenſa ſeruitute & operarum aut cenſuum exactione deſiſtat ſub mulcta v. c. 20 Thal.*
3. *expenſas litis reſtituat.*

Duo ſunt huius actionis fundamenta, 1. *ex parte actoris, libertas naturalis,* 2. *ex parte rei, turbatio libertatis in praetenſis operis aut cenſibus.*

Quamuis alias actor agendi fundamentum probare debeat, hic tamen libertatis praeſumtio actorem ab onere liberat, niſi actor affirmet, ſe debuiſſe ſeruitia hominis proprii, ſed liberatum fuiſſe per conuentionem, vel alio modo. Alterum vero fundamentum, ſi id reus negat, ab actore ſemper eſt probandum. HOM.

quod ſc. iam ſeruitia hominis proprii praeſtiterit, *L. 7. ff. de libert.*

§. 5.

Reus igitur probare debet ſtatum proprii hominis, quod etiam obtinet, ſi ipſe dominus negatoria actione experiatur 1301).

§. 6.

Probabit autem vel *per natiuitatem*, vel *conuentionem*, vel *praeſcriptionem*, vel *per legem* 1302).

§. 7.

Eadem ratione procedi debet in reliquis caſibus, quoad-ruſticorum operas. HOMMEL. in *Rhapſ. Iur. Obſ. 34.*

§. 8.

Iudex competens eſt *iudex domicilii* & *rei ſitae* 1303). Notato tamen eo, quod, quoad operas ruſticorum, hae querelae coram regimine aulico ſint expediendae *iure Saxon.* CONST. EL. 52. *Part. II.* & DEC. ELECT. 33. Aliud extra Saxoniam obtinet.

§. 9.

Ad heredes actoris tranſit, non vero contra heredes rei, quia eſt perſonale ius.

§. 10.

Negatoriae actioni longo tempore praeſcribitur, (ſc. quae contra libertatem) adfirmatoriae vero nulla temporis praeſcriptio obſtat, *L. f. C. de long. temp.*

1301) Vt actor dominus probet hunc ſtatum. HOM.

1302) Add. *vel per rem iudicatam.* Conf. I. POTGIESSER Comment. iur. germ. *de ſtatu ſeruorum veteri perinde ac nouo.* HOM.

1303) Intuitu ruſticorum imperfectae libertatis, quoniam poteſtas dominorum ex praedii qualitate aeſtimatur. MAD.

Digitized by Google

temp. praeſcr. quae pro libertate, non contra libertatem opponitur 1304).

§. 11.

Variae exceptiones pro re nata opponi poſſunt. Except. oppon.

Quoad homines proprios.

1. ***Status hominis proprii ipſa natiuitate conſtituti.*** Contra quam replica manumiſſionis factae, aut legatae 1305) libertatis, item praeſcriptionis dabitur.
2. ***Adſciti ſtatus hominis proprii per conuentionem.*** Cui replicae nomine omnes exceptiones opponi poſſunt, quae contra conuentiones competunt; potiſſimum ***minorennitatis*** exceptio conſiderationem meretur.
3. ***Praeſcriptionis immemorialis*** 1306), quamuis alii longiſſimi temporis hodie admittant.

1304) In Saxon. El. de praeſcriptione operarum ruſticorum; confer. CONST. EL. *4. Part. II.* & DECIS. REG. *III. & V. de an. 1746.* Add. I. TH. SEGER. diſſ. *de obligatione ruſticorum ad operas per praeſcriptionem acquirenda vel tollenda.* HOM.

1305) Add. aut emtae. HOM.

1306) Sed praeſcriptio immemorialis ens rationis eſt ex mente iuris romani, prouti latis oſtendit GOTTL. HENR. TRENCKMANN. diſſ *Praeſcriptionis immemorialis origo romana impugnata* Lipſ. 1770. Nam ad praeſcriptionem requiritur tempus lege definitum, quod tamen in immemoriali tempore memoriam hominum excedente, aut de cuius initio non conſtat, reuera computari nequit, etſi tempus ad praeſcriptionem neceſſarium eodem contineretur, adeſt praeſcriptio veri nominis, neque ad immemoriale recurrendum. Sed ſi etiam ſubſtituatur poſſeſſio immemorialis, ea tamen nihil amplius operari poteſt, quam poſſeſſio vnius diei, adeoque per accidens ſolum iuuat, quod probatio contrarii per rei naturam fieri non poſſit. Quae ſi daretur, dici non poſſet immemoriale tempus. Ceterum longiſſimi temporis praeſcriptio & in Germania non admittenda hoc loco eſt, quoniam ea ex iure romano ſolum profecta in iure Germanico ignoratur, & quoniam libertas nec longiſſimo tempore extinguebatur. MAD.

Digitized by Google

Quoad ruſticorum operas.

1. *Legis ſcriptae*, aut *conſuetudinis*, opponi poteſt: replica immodicarum, inhoneſtarum, inconſuetarum operarum.
2. *Conuentionis:* replicabit actor conuentionem cum ſingulis, non cum tota vniuerſitate initam eſſe.
3. *Tricennariae praeſcriptionis:* Replicae notentur, quibus vſucapio inuerti poteſt.

Quoad cenſitos.

Exceptio conuentionis & praeſcriptionis locum habet. Replica praeſcriptionis libertatis obtinebit.

Quoad monachos.

Exceptio adſumti ſtatus monachalis. Eneruabitur per replicas coactionis, anni probationis nondum elapſi, & ſic liberae diſcedendi competentis facultatis.

Libellus

actionis adfirmatoriae ex ſtatu libertatis.

Bringet klagend an, daß obwol Kläger von Geburt in der Leibeigenſchaft Beklagtens ſich befunden, derſelbe dennoch Klägern, da er ſich denen Studiis gewidmet, gänzlich gegen Erlegung 100 Thlr. freygelaſſen; Wann aber Beklagter ſich unterſtanden, von Klägern zu fordern, daß er nach abſolvirten Studiis hinwiederum zurücke kommen, und den einem Leibeigenen ſchuldigen Gehorſam leiſten ſolle, dadurch alſo Klägern in ſeiner erlangten Freyheit turbiret; Als iſt ꝛc.

Daß Kläger für einen freyen Menſchen zu achten, dahero Beklagter ſich aller fernern Turbation und Prätenſion des Rechts der Leibeigenſchaft bey 20 Thlr. Straſe zu enthalten, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Poſſet etiam peti: **Abbitte und Ehrenerklärung.**

Libel-

Libellus actionis negatoriae 1307).

Klaget, daß obwol Kläger, als Beſitzer des Guths zu N. von 20. 30. 40. und mehr Jahren her in praeſcripta poſſeſſione ſich befindet, von der Gemeinde daſelbſt zu fordern, daß ſie mit Sonnen Aufgang bis zum Niedergang 2 Tage in der Woche, nach Klägers Gefallen, ſowol Hand- als Pferde-Frohnen leiſten müſſen; Beklagte ſich dennoch unterſtanden, da Kläger denenſelben das Dreſchen in der Scheure andeuten laſſen, ſich deſſen unter dem Vorwande, als ob ſie zum Dreſchen nicht frohnen dürften, zu weigern; Wann ſich nun Kläger ſeines durch Rechtsbeſtändige Verjährung erlangten Rechts zu begeben nicht gemeynet, Beklagte aber ſich in Güte mit Dreſchen die Frohnen-Dienſte zu leiſten, nicht verſtehen wollen; Als iſt ꝛc.

Daß Beklagte von Sonnen Aufgang bis zum Niedergang mit Dreſchen wöchentlich zweymal nach Klägers Gefallen zu frohnen, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

1307) Hoc loco ſequentia inſerere non erit inutile:

Actio Negatoria praeiudicialis datur *domino*, eiusue heredibus, *aduerſus hominem proprium, qui ſe pro libero gerit, ad id, ne pro homine libero, ſed vt pro proprio declaretur, & ſeruitia inde competentia praeſtet.*

Fundamenta ſunt

1. ratione *actoris, dominica poteſtas,*
2. ratione *rei, vt ſe pro libero gerat, & exacta ſeruitia praeſtare recuſet.* Quae, ſi a reo negantur, actor probare debet.

Libellus actionis negatoriae contra hominem proprium, qui ſe pro libero gerit, videatur penes BOEHMERVM *de Act. Sect. II. cap. 1. §. 12.* & contra ſubditos ruſticos haec erit formula, quam *Auctor* adiecit. HOM.

Digitized by Google

SECT. V. CAP. III.

DE ACTIONE EX STATV CIVITATIS.

§. 1.

Adfirmatoriam inſtituunt,

1. *ciues, ad ius ciuibus competens ſibi vindicandum.* v. c. Bürgerliche Nahrung und Handthierung zu treiben, ſein Vieh auf der Gemeinde Huthung zu treiben, Bier zu brauen ꝛc.
2. *incolae, quoad ius incolatus.* Vocantur incolae, qui domicilium in ciuitate habent, *L. 209. de V. S. L. 20. ff. ad municip.* & ſunt ſubditi loci. Vſu fori emolumentis ciuium, bürgerliche Nahrung und Handthierung zu treiben, non fruuntur.
3. *ob ius vicinitatis, opificii,* ſimiliaque iura 1308).

§. 2.

1308) Quae omnia ſingulis competentia ex legibus prouincialibus, ſtatutis & moribus locorum in primis ſunt diiudicanda. De iuribus opificum in Sax. El. acquirendis vide MANDAT die General-Innungs-Artikul der Künſtler, Profeſſioniſten und Handwerker betr. d. d. 8 Ianuar. 1780. Add. BERGER. in *Oec. Iur. Lib. I. Tit. II. th. 9. & 11.* SCHOTT. *Inſt. Iur. Sax. El. L. I. Sect. II. cap. 1. & cap. 3. membr. 2.*

Affirmatoria datur *contra quemcunque turbantem in exercitio iuris ciuitatis, incolatus, opificii* &c.

Fines ſunt

1. *vt pro ciue, incola, opifice* &c. *declaretur,*
2. *ei liberum iuris ciuibus, incolis, opificibus* &c. *competentis exercitium relinquatur,*
3. *reus a turbatione ſub mulcta deſiſtat,*
4. *damna per turbationem data reſarciat,*
5. *expenſasque litis reſtituat.*

Fun-

CONSPECTVS LIBELLI.

I. Commentatio generalis.

a. *de definitione actionum* §. 3.	pag.	2
b. *de praecipuis action. diuiſionibus* §. 4–10.	–	2
c. *de actore & reo* §. 11–17.	–	8
d. *de fine actionum* §. 18.	–	11
e. *de foro competente actionum* §. 19–64.	–	11
f. *de modo propon. act. per libellum* §. 65–83.	–	29
g. *de cumulatione actionum* §. 84–92.	–	38
h. *de mutatione libelli* §. 93–99.	–	41
i. *de exceptionibus generatim* §. 100–121	–	44

II. Commentatio ſpecialis.

A. DE ACTIONIBVS REALIBVS Sect. I.	–	50
a. *in genere* Cap. I.	–	51
b. *de ſingulis action. real. in ſpecie* Cap. II.	–	55
I. EX DOMINIO.		
1. *de rei vindicatione* Membr. I.	–	55
2. *de actione Publiciana* Membr. II.	–	63
3. *de actione reſciſſoria* Membr. III.	–	69
4. *de actione Paulliana* Membr. IV.	–	81

** II. EX

II. EX IVRE SERVITVTVM.
1. *de actione confeſſoria* Membr. V. pag. 92
2. *de actione negatoria* Membr. VI. – 100
3. *de noui operis nunciatione* Membr. VII. – 106

III. EX IVRE PIGNORIS.
1. *de actione in factum ex Interd. Salviano* Membr. VIII. – 111
2. *de actione hypothecaria* Membr. IX. – 117

IV. *de actionibus* EX POSSESSIONE *oriundis* Membr. X. – 127

B. DE ACTIONIBVS PERSONALIBVS Sect. II. – 144
a. *in genere* Cap. I. – 144
b. *in ſpecie* Cap. II. – 151

I. *de act. perſon.* EX POLLICITATIONE Membr. I. – 151
II. *de act.* EX CONVENTIONIBVS. – 155

A. *de act.* EX CONTRACT. REALIBVS. – 157
1. *de condictione certi ex mutuo* Membr. II. – 157
2. *de actione commodati* Membr. III. – 165
a. *directa* – 165
b. *contraria* – 172
3. *de actione depoſiti* Membr. IV. – 175
a. *directa* – 176
b. *contraria* – 185
4. *de actione pignoratitia* Membr. V. – 187
a. *directa* – 187
b. *contraria* – 199

B. EX

B. EX CONTRACTIBVS CONSENSVALIBVS pag. 202
1. *de action. emti venditi* Membr. VI. – 202
a. *actione emti* – 203
b. *actione venditi* – 214
c. *de action. ad impugnandam emtionem* – 234
2. *de act. locati conducti* Membr. VII. – 245
a. *actione locati* – 245
b. *actione conducti* – 251
3. *de actione pro ſocio* Membr. VIII. – 257
4. *de actione mandati* Membr. IX. – 265
a. *directa* – 266
b. *contraria* – 272
5. *de act. emphyteuticaria* Membr. X. – 274
a. *de ea, quae emphyteut. competit* – 274
b. *de ea, quae domino competit* – 278
6. *de actione fideiuſſoria* Membr. XI. – 286
C. *de actione occaſ.* LITTERARVM OBLIG. *compet.* Membr. XII. – 291
a. *de condict. certi ex chirogr.* – 291
b. *de querela non numeratae pecuniae* – 292
D. *de act.* EX CONTR. INNOMIN. *competent.* Membr. XIII. – 298
1. *de actione aeſtimatoria* – 301
2. *de actione permutatoria* – 305
3. *de reliquis act. ex contr. innom.* – 308
E. *de actionibus* EX QVASI CONTR. – 310
1. *de actione tutelae* Membr. XIV. – 310
a. *directa* – 312
b. *contraria* – 319

2. *de*

Digitized by Google

2. *de actione negotiorum geſtorum* Membr. XV. - pag. 321
a. *directa* - 321
b. *contraria* - 325
3. *de act. ex teſtamento* Membr. XVI. - 327
4. *de condict. indebiti* Membr. XVII. - 334
5. *de act. de recepto* Membr. XVIII. - 341
C. DE ACTIONIBVS MIXTIS Sect. III. - 347
a. *in genere* Cap. I. - 347
b. *in ſpecie* Cap. II. - 350
1. *de hereditatis petitione* Membr. I. - 350
2. *de querela nullitatis* Membr. II. - 361
3. *de querela inoffic. teſtam.* Membr. III. - 365
4. *de act. familiae erciſcundae* Membr. IV. - 375
5. *de act. communi diuidundo* Membr. V. - 381
6. *de act. finium regundorum* Membr. VI. - 384
D. DE ACTIONIBVS IN REM SCRIPTIS Sect. IV. - 389
1. *de actione ad exhibendum* Membr. I. - 389
2. *de actione quod metus cauſa* Membr. II. - 393
E. DE ACTIONIBVS PRAEIVDICIALIBVS Sect. V. - 398
1. *de action. praeiudicialibus generatim* Cap. I. - 398
2. *de actione ex ſtatu libertatis* Cap. II. - 400
3. *de actione ex ſtatu ciuitatis* Cap. III. - 406
4. *de actione ex ſtatu familiae* Cap. IV. - 409

COM-

Digitized by Google

§. 2.

Ex his apparet, quando *negatoria actio* locum habeat 1309).

§. 3.

Competens iudex etiam hic eſt ratione *domicilii.*

§. 4.

Ius ciuitatis contra ciuitatem acquiritur Iur. Sax Communi & ciuili 40 annis 1310), Iur. Sax. Elect. 31 ann. 6 ſeptim. 3 diebus. CONST. ELECT. *6. P. II.* 1311). Amittitur vero etiam ius ciuitatis per renunciationem, vel expreſſam, vel tacitam, ſcil. non vſum 1312).

Cc 4 Libel-

Fundamenta ſunt

1. ex parte *actoris*, *ius ciuitatis*, *incolatus*, *opificii* &c. *acquiſitum*,
2. ex parte *rei*, *turbatio in exercitio huius iuris.* Quae ab actore ſunt probanda. HOM.

1309) Dari poteſt *magiſtratui*, *conciui* &c. *contra eum, qui iura ciuis & opificis* &c. *ſibi vindicat, ad ea neganda*, cum v.c. ſit haereticus, bannitus. HOM.

1310) Sed longiſſimi temporis praeſcriptio ſcil. 30 ann. ſufficere videtur ad iura ex ſtatu ciuitatis dimanantia per praeſcriptionem adquirenda, quoniam haec praeſcriptio regulam continet in acquirendis iuribus, nec exceptio a *L. 3. C. de praeſcr. 30 vel 40 ann.* facta ſit, neque de rerum ciuitatis aut actionis hypothecariae praeſcriptione ſermo ſit. Ad hanc autem generalem *L. 3. C.* etiam in praeſcriptione contra ciuitates poſitis exceptionibus ponendis reſpiciendum eſſe, recte docuit Ill. AVG. FRID. SCHOTT. diſſ. *hiſt. iur. ciuilis de praeſcriptione aduerſus ciuitates* (Lipſ. 1774.) *cap. II. §. 8.* MAD.

1311) Conf. LEYSER. *ad ff. Spec. 459. Med. 9.* HOM.

1312) Add. per domicili & bonorum translationem in alium locum, aut per relegationem ob delictum. HOM.

Digitized by Google

Libellus actionis adfirmatoriae.

Klaget, daß obſchon Kläger nicht allein Bürger allhier geworden, ſondern auch das Kramer-Recht bey hieſiger Innung erlanget, Beklagter ſich dennoch unterſtanden, ihm nicht nur das Ausſchneiden zu verwehren, ſondern auch ſogar Klägern für keinen würklichen Kramer erkennen wollen; Dannenhero Kläger ꝛc.

Daß Klägern das Kramer-Recht zuſtändig, und dahero Waaren auszuſchneiden, und Ellenweiß zu verkaufen wohl befugt, Beklagter ſich hingegen aller Turbation diesfalls bey 20 Rthlr. Strafe zu enthalten, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Libellus actionis negatoriae.

Bringet klagend an, was maßen Beklagter unter dem Vorwand, daß er für ſich Bier und Wein einlege, ſolches an jedermann verläſſet, und alſo bürgerliche Nahrung und Handthierung zu treiben ſich unterfänget; Wann er aber das Bürger-Recht nicht erlanget, mithin ſolche Nahrung keinesweges zu treiben befugt iſt, auch in Güte davon nicht abſtehen will; Als ꝛc.

Daß Beklagter bürgerliche Nahrung zu treiben nicht befugt, und dahero ſich des Bier- und Wein-Einlegens zum ordentlichen Schanke bey 20 Rthlr. Strafe zu enthalten, auch alle verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

Digitized by Google

SECT. V. CAP. IV.

DE

ACTIONE EX STATV FAMILIAE.

§. I.

Datur haec actio 1313):

1. *patri, vt filius illum agnoſcat,*

2. *vt ſub patria poteſtate conſtitutus vſumfructum aduentitiorum ipſi relinquat,*

3. *filio, vt pater eum agnoſcat & alimenta praeſtet,*

4. *mater* etiam agere poteſt *ad partum agnoſcendum*, vel *curator forſan* aut *tutor conſtitutus*, vbi quoad fundamenta notes:

a. iuſtum matrimonium & tempus legitimum quoad terminum a quo & ad quem,

b. ſi ex illegitimo ſit concubitu, tempus concubitus & tempus partus curate in libello exprimi debere. In his caſibus exceptiones opponi poſſunt:

α. *quod rem habuerit cum pluribus,*

β. *impotentiae*, *abſentiae*,

γ. *transactionis ſuper alimentis.* Haec tamen matri, ſi transegit, tantum nocet, non partui, ſi mater alimenta praeſtare nequeat 1314).

5. ra-

1313) Scil. *affirmatoria.* HOM.

1314) Add.

δ. *quod tempus concubitus & natiuitatis non coincidant,*

ε. *filius ſe ipſe exhibere poſſit.*

De ordine alimentorum liberis illegitimis ex iure ſanguinis praeſtandorum vide in Saxon. El. DECIS.

REG.

5. *ratione coniugii* actio ad agnoſcendam coniugem competit, vbi fundamentum eſt legitimum coniugium, atque ad alimenta praeſtanda etiam agi poteſt, licet ſeparatio a thoro & menſa ſit facta.

6. *ad matrimonium contrahendum*, vbi requiritur, vt publica & valida ſponſalia inita ſint 1315).

7. pariter *ad diuortium* ob adulterium, vel malitioſam deſertionem 1316), agi poteſt 1317).

Libellus.

Klägerin bringet klagend an, was maßen ſie ſich mit Beklagten 1739. verehliget, und mit demſelben den erſten Sonntag nach Trinitatis in der St. Thomas-Kirche allhier öffentlich copulirt worden, auch mit ihm 1745. eine Tochter, Urſulam Blandinam erzeuget: Nachdem nun Beklagter, Klägerin Ehemann,

REG. *XXVIII. de an. 1746.* Ratione legitimorum & ex ſponſa natorum conſ. C. G. HOMMEL. diſſ. *de ordine alimentorum partui maxime ex ſponſa nato iure ſanguinis praeſtandorum.* HOM.

1315) Sed ſi ita agitur, non tam praeiudicialis, quam perſonalis actio ex ſponſu, quae fundamentum in pacto inito habet, inſtituta cenſetur. BOEHMER. *de Act. Sect. II. cap. 1. §. 46.* HOM.

1316) Quae tamen actio non proprie ex ſtatu familiae oritur, adeoque praeiudicialis non eſt, quia ad *diſſoluendum* matrimonium, non vero ad ſtatum matrimonialem negandum agitur, ſed potius per modum implorationis officii iudicis expedienda eſt haec actio. MAD.

1317) Negatoria datur iisdem perſonis, ne habeantur pro filiis, aut parentibus, aut coniugibus. BOEHMER. *de Act. loc. cit.* §. 27. *ſeq.*

Status praetenſus, aut negatus ab actore eſt probandus, vel artificialiter, vel inartificialiter. Conf. H. COCCEIVS. diſſ. *de probatione directa negatiuae.*

Hae actiones tranſeunt ad heredes, coram iudice domicilii inſtituuntur, & ſunt perpetuae. HOM.

Digitized by Google

mann, ſie kurz darauf nebſt dem Kinde, ſo Klägerin bis jetzo ernähren müſſen, böslich verlaſſen, und Klägerin durch die vor dem Hochlöblichen Conſiſtorio angeſtellte Deſertions-Klage es dahin gebracht, daß ſie von ihm durch Rechtskräftiges Urtheil geſchieden, Beklagter ſich aber anjetzo hier aufhält, und die erzeugte Tochter nicht annehmen und ernähren will; Als iſt 2c.

Daß Beklagter die mit ihr erzeugte Tochter, *Urſulam Blandinam*, für ſein Kind zu agnoſciren, ſelbige anzunehmen und zu ernähren, der Klägerin auch die bisher gereichte *Alimenta*, ſo ſich nach der Beylage *ſub ſigno* ⊙ auf 200 Rthlr. belaufen, nebſt denen Zinſen und verurſachten Unkoſten zu erſtatten ſchuldig.

F I N I S
TRACTATIONIS
DE ACTIONIBVS FORENSIBVS.

2516368 D

Digitized by Google

ADDENDA ET CORRIGENDA.

Pag. 8 not. 15. pro Magdeburgica leg. Brandenburgica
— 53 — 132. tota add. res
— 56 — 143. pro feciſſe leg. facere
— 85 — 202. — MAD. — HOM.
— 136 — 373. — uel — valet
— 137 — 374. — poſſione — poſſeſſione
— 150 — 411. — ex — non
— 166 — 460. poſt verb. contra add. *L. n. cit.*
— 175 — 491. ab ICtis add. Roman.
— 188 — 528. — F. leg. P.
— 200 — 567. — ad verſionem — act. verſionis
— 213 — 603. — captibus — capitibus
— 214 — 604. lege: derelinquat, venditor teneri non videtur.
— 227 — 643. pro concedendum, leg. concedendam
— 228 — 659. reſtituendam add. rem
— 234 — 669. feſta, leg. fava
— 240 — 699. victor — auctor.

In officina & ſumtibus *I. C. Hendelii* proſtant quoque GODOFREDI LVDOVICI MENCKENII *Opuſcula, quibus multa maxime iuris ciuilis capita ad vſum fori ſpectantia proponuntur; atque continentur XXIII. Diſſertt.* Halae 1770. 8vo. & conſtant 20 Gr.

Digitized by Google

Digitized by Google

B.22.1.81
B.N.C.F. FIRENZE
Digitized by Google

Digitized by Google